



organizadores

Francilda Alcantara Mendes

Francisca Vilandia de Alencar

Polliana de Luna Nunes Barreto

Jardel Pereira da Silva

A hermenêutica jurídica brasileira na contemporaneidade: temas clássicos e emergentes

organizadores

Francilda Alcantara Mendes

Francisca Vilandia de Alencar

Polliana de Luna Nunes Barreto

Jardel Pereira da Silva

A hermenêutica jurídica brasileira na contemporaneidade: temas clássicos e emergentes

| São Paulo

| 2022



Copyright © Pimenta Cultural, alguns direitos reservados.

Copyright do texto © 2022 os autores e as autoras.

Copyright da edição © 2022 Pimenta Cultural.

Esta obra é licenciada por uma Licença Creative Commons: Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional - (CC BY-NC-ND 4.0). Os termos desta licença estão disponíveis em: <<https://creativecommons.org/licenses/>>. Direitos para esta edição cedidos à Pimenta Cultural. O conteúdo publicado não representa a posição oficial da Pimenta Cultural.

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO

Doutores e Doutoradas

Airton Carlos Batistela

Universidade Católica do Paraná, Brasil

Alaim Souza Neto

Universidade do Estado de Santa Catarina, Brasil

Alessandra Regina Müller Germani

Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Alexandre Antonio Timbane

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Alexandre Silva Santos Filho

Universidade Federal de Goiás, Brasil

Aline Daiane Nunes Mascarenhas

Universidade Estadual da Bahia, Brasil

Aline Pires de Morais

Universidade do Estado de Mato Grosso, Brasil

Aline Wendpap Nunes de Siqueira

Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Ana Carolina Machado Ferrari

Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Andre Luiz Alvarenga de Souza

Emill Brunner World University, Estados Unidos

Andreza Regina Lopes da Silva

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Antonio Henrique Coutelo de Moraes

Universidade Católica de Pernambuco, Brasil

Arthur Vianna Ferreira

Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Bárbara Amaral da Silva

Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Beatriz Braga Bezerra

Escola Superior de Propaganda e Marketing, Brasil

Bernadette Beber

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Breno de Oliveira Ferreira

Universidade Federal do Amazonas, Brasil

Carla Wanessa Caffagni

Universidade de São Paulo, Brasil

Carlos Adriano Martins

Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Caroline Chioquetta Lorenset

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Cláudia Samuel Kessler

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Daniel Nascimento e Silva

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Daniela Susana Segre Guertzenstein

Universidade de São Paulo, Brasil

Danielle Aparecida Nascimento dos Santos

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Delton Aparecido Felipe

Universidade Estadual de Maringá, Brasil

Dorama de Miranda Carvalho

Escola Superior de Propaganda e Marketing, Brasil

Doris Roncareli

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Edson da Silva

Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, Brasil

Elena Maria Mallmann

Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Emanuel Cesar Pires Assis

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Erika Viviane Costa Vieira
Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, Brasil

Everly Pegoraro
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Fábio Santos de Andrade
Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Fauston Negreiros
Universidade Federal do Ceará, Brasil

Felipe Henrique Monteiro Oliveira
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Fernando Barcellos Razuck
Universidade de Brasília, Brasil

Francisca de Assiz Carvalho
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Gabriela da Cunha Barbosa Saldanha
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Gabrielle da Silva Forster
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Guilherme do Val Toledo Prado
Universidade Estadual de Campinas, Brasil

Hebert Elias Lobo Sosa
Universidad de Los Andes, Venezuela

Helciclever Barros da Silva Vitoriano
*Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais
Anísio Teixeira, Brasil*

Helen de Oliveira Faria
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Heloisa Candello
IBM e University of Brighton, Inglaterra

Heloisa Juncklaus Preis Moraes
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

Humberto Costa
Universidade Federal do Paraná, Brasil

Ismael Montero Fernández,
Universidade Federal de Roraima, Brasil

Jeronimo Becker Flores
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

Jorge Eschriqui Vieira Pinto
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Jorge Luís de Oliveira Pinto Filho
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

José Luís Giovanoni Fornos Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

Josué Antunes de Macêdo
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Júlia Carolina da Costa Santos
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Juliana de Oliveira Vicentini
Universidade de São Paulo, Brasil

Juliana Tiburcio Silveira-Fossaluzza
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Julierme Sebastião Morais Souza
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Karlla Christine Araújo Souza
Universidade Federal de Paraíba, Brasil

Laionel Vieira da Silva
Universidade Federal de Paraíba, Brasil

Leandro Fabricio Campelo
Universidade de São Paulo, Brasil

Leonardo Jose Leite da Rocha Vaz
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Leonardo Pinheiro Mozdzenski
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Lidia Oliveira
Universidade de Aveiro, Portugal

Luan Gomes dos Santos de Oliveira
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Luciano Carlos Mendes Freitas Filho
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Lucila Romano Tragtenberg
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Lucimara Rett
Universidade Metodista de São Paulo, Brasil

Marceli Cherchiglia Aquino
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Marcia Raika Silva Lima
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Marcos Pereira dos Santos
Universidad Internacional Iberoamericana del Mexico, México

Marcos Uzel Pereira da Silva
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Marcus Fernando da Silva Praxedes
Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Brasil

Margareth de Souza Freitas Thomopoulos
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Maria Angelica Penatti Pipitone
Universidade Estadual de Campinas, Brasil

Maria Cristina Giorgi
*Centro Federal de Educação Tecnológica
Celso Suckow da Fonseca, Brasil*

Maria de Fátima Scaffo
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Maria Isabel Imbronito
Universidade de São Paulo, Brasil

Maria Luzia da Silva Santana
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

Maria Sandra Montenegro Silva Leão
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Michele Marcelo Silva Bortolai
Universidade de São Paulo, Brasil

Miguel Rodrigues Netto
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Nara Oliveira Salles
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Neli Maria Mengalli
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Patricia Biegging
Universidade de São Paulo, Brasil

Patrícia Helena dos Santos Carneiro
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Patrícia Oliveira
Universidade de Aveiro, Portugal

Patrícia Mara de Carvalho Costa Leite
Universidade Federal de São João del-Rei, Brasil

Paulo Augusto Tamanini
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Priscilla Stuart da Silva
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Radamés Mesquita Rogério
Universidade Federal do Ceará, Brasil

Ramofly Bicalho Dos Santos
Universidade de Campinas, Brasil

Ramon Taniguchi Piretti Brandao
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Rarielle Rodrigues Lima
Universidade Federal do Maranhão, Brasil

Raul Inácio Busarello
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Renatto Cesar Marcondes
Universidade de São Paulo, Brasil

Ricardo Luiz de Bittencourt
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Rita Oliveira
Universidade de Aveiro, Portugal

Robson Teles Gomes
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Rodiney Marcelo Braga dos Santos
Universidade Federal de Roraima, Brasil

Rodrigo Amancio de Assis
Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Rodrigo Sarruge Molina
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Rosane de Fatima Antunes Obregon
Universidade Federal do Maranhão, Brasil

Sebastião Silva Soares
Universidade Federal do Tocantins, Brasil

Simone Alves de Carvalho
Universidade de São Paulo, Brasil

Stela Maris Vaucher Farias
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Tadeu João Ribeiro Baptista
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Taiza da Silva Gama
Universidade de São Paulo, Brasil

Tania Micheline Miorando
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Tarcísio Vanzin
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Thiago Barbosa Soares
Universidade Federal de São Carlos, Brasil

Thiago Camargo Iwamoto
Universidade de Brasília, Brasil

Thiago Guerreiro Bastos
Universidade Estácio de Sá e Centro Universitário Carioca, Brasil

Thyana Farias Galvão
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Valdir Lamim Guedes Junior
Universidade de São Paulo, Brasil

Valeska Maria Fortes de Oliveira
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Vanessa Elisabete Raue Rodrigues
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Vania Ribas Ulbricht
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Walter de Carvalho Braga Júnior
Universidade Estadual do Ceará, Brasil

Wagner Corsino Enefino
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

Wanderson Souza Rabello
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Washington Sales do Monte
Universidade Federal de Sergipe, Brasil

Wellington Furtado Ramos
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

PARECERISTAS E REVISORES(AS) POR PARES

Avaliadores e avaliadoras Ad-Hoc

Adilson Cristiano Habowski <i>Universidade La Salle - Canoas, Brasil</i>	Antônia de Jesus Alves dos Santos <i>Universidade Federal da Bahia, Brasil</i>
Adriana Flavia Neu <i>Universidade Federal de Santa Maria, Brasil</i>	Antonio Edson Alves da Silva <i>Universidade Estadual do Ceará, Brasil</i>
Aguimario Pimentel Silva <i>Instituto Federal de Alagoas, Brasil</i>	Ariane Maria Peronio Maria Fortes <i>Universidade de Passo Fundo, Brasil</i>
Alessandra Dale Giacomin Terra <i>Universidade Federal Fluminense, Brasil</i>	Ary Albuquerque Cavalcanti Junior <i>Universidade do Estado da Bahia, Brasil</i>
Alessandra Figueiró Thornton <i>Universidade Luterana do Brasil, Brasil</i>	Bianca Gabriely Ferreira Silva <i>Universidade Federal de Pernambuco, Brasil</i>
Alessandro Pinto Ribeiro <i>Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil</i>	Bianka de Abreu Severo <i>Universidade Federal de Santa Maria, Brasil</i>
Alexandre João Appio <i>Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil</i>	Bruna Carolina de Lima Siqueira dos Santos <i>Universidade do Vale do Itajaí, Brasil</i>
Aline Corso <i>Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil</i>	Bruna Donato Reche <i>Universidade Estadual de Londrina, Brasil</i>
Aline Marques Marino <i>Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Brasil</i>	Bruno Rafael Silva Nogueira Barbosa <i>Universidade Federal da Paraíba, Brasil</i>
Aline Patricia Campos de Tolentino Lima <i>Centro Universitário Moura Lacerda, Brasil</i>	Camila Amaral Pereira <i>Universidade Estadual de Campinas, Brasil</i>
Ana Emídia Sousa Rocha <i>Universidade do Estado da Bahia, Brasil</i>	Carlos Eduardo Damian Leite <i>Universidade de São Paulo, Brasil</i>
Ana Iara Silva Deus <i>Universidade de Passo Fundo, Brasil</i>	Carlos Jordan Lapa Alves <i>Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil</i>
Ana Julia Bonzanini Bernardi <i>Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil</i>	Carolina Fontana da Silva <i>Universidade Federal de Santa Maria, Brasil</i>
Ana Rosa Gonçalves De Paula Guimarães <i>Universidade Federal de Uberlândia, Brasil</i>	Carolina Fragoço Gonçalves <i>Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil</i>
André Gobbo <i>Universidade Federal da Paraíba, Brasil</i>	Cássio Michel dos Santos Camargo <i>Universidade Federal do Rio Grande do Sul-Faced, Brasil</i>
André Luis Cardoso Tropiano <i>Universidade Nova de Lisboa, Portugal</i>	Cecilia Machado Henriques <i>Universidade Federal de Santa Maria, Brasil</i>
André Ricardo Gan <i>Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil</i>	Cíntia Moralles Camillo <i>Universidade Federal de Santa Maria, Brasil</i>
Andressa Antonio de Oliveira <i>Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil</i>	Claudia Dourado de Salces <i>Universidade Estadual de Campinas, Brasil</i>
Andressa Wiebusch <i>Universidade Federal de Santa Maria, Brasil</i>	Cleonice de Fátima Martins <i>Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil</i>
Angela Maria Farah <i>Universidade de São Paulo, Brasil</i>	Cristiane Silva Fontes <i>Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil</i>
Anísio Batista Pereira <i>Universidade Federal de Uberlândia, Brasil</i>	Cristiano das Neves Vilela <i>Universidade Federal de Sergipe, Brasil</i>
Anne Karynne da Silva Barbosa <i>Universidade Federal do Maranhão, Brasil</i>	Daniele Cristine Rodrigues <i>Universidade de São Paulo, Brasil</i>

Daniella de Jesus Lima
Universidade Tiradentes, Brasil

Dayara Rosa Silva Vieira
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Dayse Rodrigues dos Santos
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Dayse Sampaio Lopes Borges
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Deborah Susane Sampaio Sousa Lima
Universidade Tuiuti do Paraná, Brasil

Diego Pizarro
Instituto Federal de Brasília, Brasil

Diogo Luiz Lima Augusto
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

Ederson Silveira
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Elaine Santana de Souza
*Universidade Estadual do Norte Fluminense
Darcy Ribeiro, Brasil*

Eleonora das Neves Simões
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Elias Theodoro Mateus
Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

Elisiene Borges Leal
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Elizabete de Paula Pacheco
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Elizânia Sousa do Nascimento
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Elton Simomukay
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Elvira Rodrigues de Santana
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Emanuella Silveira Vasconcelos
Universidade Estadual de Roraima, Brasil

Érika Catarina de Melo Alves
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Everton Boff
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Fabiana Aparecida Vilaça
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Fabiano Antonio Melo
Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Fabricia Lopes Pinheiro
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Fabício Nascimento da Cruz
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Fabício Tonetto Londero
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Francisco Geová Goveia Silva Júnior
Universidade Potiguar, Brasil

Francisco Isaac Dantas de Oliveira
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Francisco Jeimes de Oliveira Paiva
Universidade Estadual do Ceará, Brasil

Gabriella Eldereti Machado
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Gean Breda Queiros
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Germano Ehler Pollnow
Universidade Federal de Pelotas, Brasil

Giovanna Ofretorio de Oliveira Martin Franchi
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Glaucio Martins da Silva Bandeira
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Handerson Leylton Costa Damasceno
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Helena Azevedo Paulo de Almeida
Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

Heliton Diego Lau
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Hendy Barbosa Santos
Faculdade de Artes do Paraná, Brasil

Inara Antunes Vieira Willerding
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Ivan Farias Barreto
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Jacqueline de Castro Rimá
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Jeane Carla Oliveira de Melo
Universidade Federal do Maranhão, Brasil

João Eudes Portela de Sousa
Universidade Tuiuti do Paraná, Brasil

João Henriques de Sousa Junior
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Joelson Alves Onofre
Universidade Estadual de Santa Cruz, Brasil

Juliana da Silva Paiva
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Junior César Ferreira de Castro
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Lais Braga Costa
Universidade de Cruz Alta, Brasil

Leia Mayer Eyng
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Manoel Augusto Polastrelli Barbosa
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Marcio Bernardino Sirino
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Marcos de Souza Machado
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Marcos dos Reis Batista
Universidade Federal do Pará, Brasil

Maria Aparecida da Silva Santandel
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

Maria Edith Maroca de Avelar Rivelli de Oliveira
Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

Maurício José de Souza Neto
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Michele de Oliveira Sampaio
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Miriam Leite Farias
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Natália de Borba Pugens
Universidade La Salle, Brasil

Patricia Flavia Mota
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Raick de Jesus Souza
Fundação Oswaldo Cruz, Brasil

Railson Pereira Souza
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Rogério Rauber
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Samuel André Pompeo
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Simoni Urnau Bonfiglio
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Tayson Ribeiro Teles
Universidade Federal do Acre, Brasil

Valdemar Valente Júnior
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Wallace da Silva Mello
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Wellton da Silva de Fátima
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Weyber Rodrigues de Souza
Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Brasil

Wilder Kleber Fernandes de Santana
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

PARECER E REVISÃO POR PARES

Os textos que compõem esta obra foram submetidos para avaliação do Conselho Editorial da Pimenta Cultural, bem como revisados por pares, sendo indicados para a publicação.

Direção editorial	Patricia Biegging Raul Inácio Busarello
Editora executiva	Patricia Biegging
Coordenadora editorial	Landressa Rita Schiefelbein
Assistente editorial	Caroline dos Reis Soares
Diretor de criação	Raul Inácio Busarello
Assistente de arte	Ligia Andrade Machado
Editoração eletrônica	Lucas Andrius de Oliveira Peter Valmorbida
Imagens da capa	Rawpixel.com, Racool_Studio, Vector_Corp - Freepik.com
Revisão	Caroline dos Reis Soares
Organizadores	Francilda Alcantara Mendes Francisca Vilandia de Alencar Polliana de Luna Nunes Barreto Jardel Pereira da Silva

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A111 A hermenêutica jurídica brasileira na contemporaneidade: temas clássicos e emergentes. Francilda Alcantara Mendes, Francisca Vilandia de Alencar, Polliana de Luna Nunes Barreto, Jardel Pereira da Silva - organizadores. São Paulo: Pimenta Cultural, 2022. 137p..

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-65-5939-361-9 (brochura)
978-65-5939-360-2 (eBook)

1. Direito. 2. Hermenêutica. 3. Ciência jurídica. 4. Inteligência Artificial. 5. Teoria tridimensional. I. Mendes, Francilda Alcantara. II. Alencar, Francisca Vilandia de. III. Barreto, Polliana de Luna Nunes. IV. Silva, Jardel Pereira da. V. Título.

CDU: 340
CDD: 340

DOI: 10.31560/pimentacultural/2022.602

SUMÁRIO

Apresentação..... 11

Capítulo 1

A hermenêutica da austeridade: uma análise dos impactos das transformações na ordem econômica da Constituição de 1988 sobre a efetividade dos Direitos Sociais..... 13

José Sarto Fulgêncio de Lima Filho

Grasielle Fernanda Freire Cabral

Capítulo 2

Conflito de Normas – princípios e regras: métodos de resolução 30

Luana Kely Rodrigues de Carvalho

Talyson Gonçalves Callou

Capítulo 3

Por que a Inteligência Artificial ainda não pode nos fornecer respostas judiciais constitucionalmente adequadas? 44

José Leite Cabral Neto

Capítulo 4

Direitos Sexuais, Reprodutivos e Hermenêutica: a interpretação em prol da autonomia feminina na escolha dos métodos contraceptivos 60

Agnes Morgana Silva

Aryêtha Turbano Ribeiro

Capítulo 5

**A influência dos movimentos cinematográficos
na mudança de paradigma da representação
e imaginário da figura da mulher na sociedade 79**

Mariana Moreira Batista Sátiro

Ihasmin Severo Delmondes

Capítulo 6

**A Hermenêutica da Teoria Tridimensional
de Miguel Real e como forma de garantia
dos Direitos dos Refugiados Ambientais
fundamentado no Princípio da Igualdade 96**

Ana Carolina Felix Monteiro

Heloísa Fernandes Caracas

Capítulo 7

**Hermenêutica do Protagonismo Judicial
como uma nova face do exercício
das Funções do Poder 116**

Cristóvão Maia Filho

Sobre os organizadores e as organizadoras 133

Sobre os autores e autoras 134

Índice remissivo 136

APRESENTAÇÃO

O estímulo à pesquisa acadêmica é uma necessidade do ensino jurídico contemporâneo. Mais do que operadores do Direito, carecemos de verdadeiros juristas, aptos a compreender a complexidade do fenômeno jurídico e sensíveis às rápidas e diversas transformações que permeiam o cotidiano da sociedade pós-moderna em que estamos inseridos.

Foi pensando nisso que, ao ministrar a disciplina de Hermenêutica Jurídica no Centro Universitário Dr. Leão Sampaio (UNILEÃO) e na Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade Regional do Cariri (URCA), para um dileto grupo de estudantes, o projeto deste livro nasceu como resultado direto dos estudos e pesquisas desenvolvidos em tais espaços acadêmicos. A relevância da temática e a construção de parcerias interinstitucionais viabilizou a organização da obra em colaboração com a Universidade Federal do Cariri - UFCA por meio da atuação da professora Dra. Polliana de Luna Nunes Barreto (Jurista e Historiadora), com a Universidade de Brasília – UNB, por meio da atuação do professor Jardel Pereira da Silva (Pedagogo, graduando em Direito e doutorando em Educação) e da Universidade Estadual de Goiás – UEG, por meio da atuação da professora Francisca Vilândia de Alencar (Advogada e mestranda em História).

Assim, o leitor se deleitará com um diversificado conjunto de artigos que abordam temáticas tradicionais e contemporâneas em torno da Hermenêutica Jurídica, a fim de conhecer, revisar ou aprofundar algumas das questões que envolvem o complexo trabalho de interpretar, integrar e aplicar a norma jurídica no Brasil.

No cenário atual, em que o ativismo judicial e a aplicação do Direito Livre ainda causam muitas polêmicas no meio jurídico e não

jurídico a leitura desta obra faz-se imprescindível a todos aqueles que não se conformam com análises superficiais da atividade hermenêutica, mas sim que reconhecem o relevo da pesquisa científica para a busca de adequadas soluções às querelas jurídicas.

Boa leitura!

Francilda Mendes

1

José Sarto Fulgêncio de Lima Filho

Grasielle Fernanda Freire Cabral

A hermenêutica da austeridade:

uma análise dos impactos
das transformações na ordem
econômica da Constituição
de 1988 sobre a efetividade
dos Direitos Sociais

RESUMO

A Constituição de 1988 normalmente é apresentada como o ponto culminante da redemocratização do Brasil, dentre outros fatores, em função dos seus fortes avanços sociais. No entanto, tais discussões deixam de levar em consideração o contexto político-econômico em que se forma a Constituição e, sobretudo, os impactos das transformações ocorridas nos anos seguintes sobre a concretização dos direitos sociais. Por esta razão, o presente trabalho tem por escopo investigar de que maneira as transformações na ordem econômica da Constituição de 1988 interferem nos processos de interpretação da Constituição em busca de conferir efetividade dos direitos sociais. Para tanto, realizamos uma pesquisa teórica e qualitativa a partir de uma revisão bibliográfica-documental da Constituição e algumas de suas emendas recentes, bem como em textos de autores como Gilberto Bercovici, Luís Fernando Masssonetto e Cristiano Paixão. Ao final, é possível identificar que, após a sua promulgação, a Constituição de 1988 passou por uma série de transformações na sua ordem econômica que lhe conferiam mais austeridade nos gastos públicos, minando a intervenção do Estado enquanto prestador de direitos. Com isso, observam-se interpretações de viés mais austero e favorecendo a edição de legislações com caráter menos concretizador dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Ordem econômica. Direitos sociais. Efetividade.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 é frequentemente apresentada como um importante marco na redemocratização do Brasil após os 21 anos sob a égide de um regime político-econômico autoritário, marcado não somente pela restrição a direitos e liberdades individuais, mas também pela dificuldade de propiciar condições efetivas de acesso a direitos sociais. Muito mais do que representar uma mera transição de um regime, a chamada *Constituição Cidadã* trouxe importantes avanços e compromissos políticos bastante importantes a serem observados pelo Estado Brasileiro.

Isso porque, além de prever um amplo rol de direitos individuais, nos seus dispositivos iniciais, a Constituição estabeleceu um compromisso de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Esse compromisso acaba sendo mais detalhado nos dispositivos seguintes, como, por exemplo, as importantes previsões de direitos sociais no seu artigo 6º, o rol de direitos da classe trabalhadora no artigo seguinte, além dos grandes avanços no sistema de seguridade social e na ordem social (BRASIL, 1988).

Tais avanços impuseram ao Estado Brasileiro, por intermédio de previsão constitucional, o dever de atuar como agente determinante na promoção do desenvolvimento, transformando as estruturas político-econômicas da sociedade e possibilitando o acesso desta a condições de vida mais igualitárias. Apesar disso, frequentemente é destacada uma relevante disparidade entre as normas constitucionais no âmbito social e a efetividade dessas previsões. Isso porque não somente é identificada uma situação de desigualdade entre as previsões normativas e a efetiva atuação do Estado na concretização do políticas públicas, como também são observadas a edição de instrumentos legislativos que reduzem a atuação estatal no sentido de concretizar os chamados “direitos sociais”.

Como exemplos recentes, é possível identificar tanto normas infraconstitucionais, quanto constitucionais propriamente ditas. Como exemplo de normas infraconstitucionais em que isso é identificado, podem ser citadas as Leis 13.429/2017, 13.467/2017 e 13.874/2019, que trouxeram relevantes transformações no âmbito das relações laborais, reduzindo a intervenção do Estado enquanto agente fiscalizador do cumprimento dos direitos sociais e ampliando as margens de negociação entre empregador e empregado. Já em relação às normas constitucionais, merecem destaque as Emendas Constitucionais 95/2016 e 103/2019. Enquanto a primeira limitou os gastos públicos do Estado, impondo restrições aos gastos que efetivamente seriam realizados pelo prazo de 20 anos, a segunda modificou as regras básicas da previdência social, ampliando prazos e tempos de contribuição para a concessão dos benefícios (BRASIL, 2016; 2017a; 2017b; 2019a; 2019b).

Levando em consideração que, apesar dos avanços no campo social trazidos pela chamada *Carta Cidadã*, identifica-se uma tendência a redução do Estado no sentido de promover a concretização de direitos sociais, o presente trabalho parte da seguinte problemática: que fatores político-econômicos estariam associados à disparidade entre as normas constitucionais que preveem os direitos sociais e a sua capacidade de dirigir as políticas públicas destinadas a lhes conferir efetividade?

A partir da problemática levantada acima, este artigo busca investigar de que maneira as transformações na ordem econômica da Constituição de 1988 impactaram na ação hermenêutica destinada a dar maior concretude a direitos sociais. Para tanto, abordaremos o assunto em dois momentos: no primeiro, sintetizaremos algumas das disputas conceituais em torno do processo constituinte de 1988; no segundo, abordaremos os impactos dessas disputas na formação de uma hermenêutica constitucional fora das propostas enunciadas pelo próprio texto constitucional.

Trata-se de uma pesquisa teórica que analisa o problema de forma qualitativa, a partir do método de abordagem dialético, realizando uma revisão bibliográfica-documental a partir de textos que investigam o processo de formação da Constituição de 1988 e a estruturação da sua ordem econômica. Seleccionamos autores como Cristiano Paixão, Leonardo Barbosa, Gilberto Bercovici, Luís Fernando Massonetto e Ricardo Antunes pelo fato de serem autores que analisam criticamente como as transformações sociais contribuem para a formação de uma narrativa defendendo a austeridade, especialmente do ponto de vista da ordem econômica.

Devido à complexidade envolvendo os processos interpretativos da Constituição, bem como os fatores político-econômicos que influem nas transformações enfrentadas pelo texto constitucional, a pesquisa não tem por intuito esgotar a temática, mas trazer algumas contribuições relevantes para o desenvolvimento de um raciocínio crítico acerca das relações entre a hermenêutica constitucional e os fatores que estão para além do texto normativo.

CONSTITUIÇÃO DE 1988: UM CONCEITO EM DISPUTA

Tanto a Constituição, como outros instrumentos legislativos, são frequentemente apresentados aos intérpretes do Direito como normas a serem cumpridas, cabendo aos juristas analisá-las e atribuir-lhes o melhor significado para o caso concreto. Acontece que, ao verificar o processo de aplicação da norma jurídica dessa forma, se faz necessário desenvolver noções acerca do que consiste em atribuir melhor significado ao caso concreto.

O próprio significado da expressão destacada acima depende de uma série de elementos de ordem subjetiva que fazem com que

não seja fácil chegar a uma conclusão precisa do que seria necessário para *atribuir melhor significado ao caso concreto*. Em outras palavras, o melhor significado demanda muito de quais visões de mundo são cultivadas por aqueles sujeitos que aplicam a Constituição e aqueles que são destinatários dessa aplicação.

Na prática, a aplicação da norma jurídica ao caso concreto vai para muito além da adoção de um método a ser percorrido pelo intérprete. É necessário atentar também para quem são os sujeitos e quais fatores são determinantes na adoção de determinado fator interpretativo. O processo de interpretação é muito mais complexo do que a mera subsunção do fato à norma ou à adoção de um método específico para esse caminho. Há uma série de fatores que se mostram determinantes no caminho adotado para a revelação do melhor significado para a norma jurídica: disputas por hegemonização de espaços de poder, transformações político-econômicas, insatisfação social, entre outros.

Essa visão fica mais evidente quando percebemos que a própria Constituição de 1988 é fruto de um conceito em disputa, resultante de uma dialética entre forças políticas antagônicas e que buscavam hegemonia no contexto da Assembleia Constituinte de 1987-1988. Em torno disso, algumas narrativas se fortaleciam em torno do próprio significado do que seria a Constituição de 1988.

De um lado, havia o argumento de que a Constituição que resultaria dos debates ocorridos naquela Assembleia seria a consolidação das transformações político-econômicas de orientação conservadora implementadas no contexto anterior aos debates constituintes. Nesse sentido, Paixão destaca que importantes agentes políticos e juristas do contexto dos debates da Assembleia Constituinte de 1987-1988, tais como o então presidente do Supremo Tribunal Federal, José Carlos Moreira Alves, o deputado Pimenta da Veiga e o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, enfatizavam o papel de transição, de conciliação

e de relação com o que chamavam de *ciclo revolucionário*, correspondente ao período que se sucedeu ao Golpe de 1964 (PAIXÃO, 2014).

Tal narrativa desconsidera a ampla participação da sociedade no processo constituinte e de seguimentos que defendiam um papel de ruptura daquela Constituição. A Assembleia Constituinte não era apenas resultado da atuação de grupos que hegemonizaram o regime autoritário imediatamente anterior à sua instalação. Na realidade, Barbosa destaca que essa instalação se deu sem que houvesse uma previsão se a Constituição dali resultante seria mais voltada aos interesses dos setores ligados ao regime anterior ou de uma visão mais progressista e voltada a interesses de movimentos de trabalhadores, especialmente daqueles que lideraram as paralisações do final da década de 1970 (BARBOSA, 2018).

Isso quer dizer que, muito embora represente o ponto culminante da redemocratização, a Constituição carrega consigo, desde o seu nascedouro, um elemento de disputas conceituais e de narrativas entre, pelo menos, dois espectros políticos: um que defende a ideia de ruptura com o regime anterior e outro que defende a ideia de continuidade e consolidação das transformações ocorridas nos anos que a antecederam.

Um exemplo bastante ilustrativo da complexidade dos debates que envolviam o processo de formação da Constituição de 1988, aconteceu ainda durante o período em que a Assembleia Constituinte continuava com os seus trabalhos: o Presidente da República à época, José Sarney, assume a cadeia nacional de rádio e televisão, para criticar a quantidade de obrigações que estavam sendo atribuídas ao Estado para a concretização de direitos sociais naquilo que viria a ser o texto final da Constituição. Segundo ele: “os brasileiros receiam que a Constituição torne o país ingovernável” (OLIVEIRA, 2009).

Por outro lado, em discurso proferido nos momentos finais da Assembleia Constituinte, o então Deputado Federal Luiz Inácio Lula da Silva, representante do Partido dos Trabalhadores, assume a tribuna para dizer que a Constituição que dali sairia trouxe avanços sociais muito abaixo daqueles esperados pela classe trabalhadora, especialmente no que tange à reforma agrária. Para o Deputado, a “Assembléia Nacional Constituinte teve o prazer de dar aos camponeses brasileiros um texto mais retrógrado do que aquele que era o Estatuto da Terra, elaborado na época do Marechal Castello Branco” (SILVA, 1988, p. 2).

Os exemplos históricos citados acima demonstram a heterogeneidade dos conceitos e grupos que disputam aquilo que deve significar uma Constituição. Nesse sentido, é possível perceber que a norma constitucional não é fruto de uma simples e inequívoca inspiração em valores supremos ou na vontade de alguma entidade superior. Aliás, esta visão de mundo acerca do que é a Constituição parte de uma concepção tipicamente conservadora do constitucionalismo da América Latina, caracterizada por uma ideia de que os governos devem obedecer a valores superiores que somente uma determinada camada da sociedade tem acesso (GARGARELLA, 2019).

Esses processos demonstram, de uma forma resumida, que a Constituição de 1988 é fruto de um processo de intensas disputas políticas, havendo tanto narrativas que buscavam romper com o regime autoritário anterior, como também narrativas que defendiam a própria manutenção do sistema trazido naquele contexto. Entender como esses fatores trouxeram impactos relevantes é essencial para perceber que o debate em torno da Constituição não será encerrado com a sua promulgação.

Ao contrário do que pode parecer, essas disputas permanecem tanto na forma de elaboração de emendas à Constituição, como também na produção de legislação e na própria aferição da constitucionalidade de determinadas normas e medidas políticas. Em outras

palavras, os processos subjacentes à formação do texto constitucional impactam na própria interpretação do que se constituiu após 1988 em todos os seus aspectos, construindo uma hermenêutica que tende a reproduzir essas disputas.

A FORMAÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA DA AUSTERIDADE

O texto resultante da Constituição de 1988 demonstra que os valores nela delineados não são fruto de uma mera consubstanciação de *valores superiores*, supostamente oriundos das *mais supremas aspirações* de uma sociedade. A complexidade dos debates já mencionados aqui demonstra que isso contribuiu não somente para a formação de um texto com contradições relevantes, mas também na própria existência de uma disputa do que efetivamente foi constituído em 1988. Os impactos desses fatores são inúmeros na construção da hermenêutica constitucional.

A partir da configuração do texto final, foi possível perceber a elaboração de uma Constituição que busca consagrar a construção de um Estado com viés fortemente social e voltado para o desenvolvimentismo, na medida em que carrega como objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceito de quaisquer formas de discriminação, tais como origem, raça, sexo, cor e idade (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, em seus princípios gerais, a Constituição de 1988 orienta que o Estado Brasileiro deveria buscar não apenas a modernização, mas principalmente o seu desenvolvimento. Isso quer di-

zer que o projeto de Estado não deve estar voltado tão somente para um crescimento econômico que garanta o progresso técnico limitado ao estilo de vida e aos padrões de consumo de uma minoria privilegiada: para se garantir o desenvolvimento, deve-se buscar também uma verdadeira transformação das estruturas sociais (BERCOVICI, 2004).

No entanto, para a concretização desses valores, faz-se necessária que a estruturação econômico-financeira constitucional permita que isso ocorra. Não é o caso da Constituição de 1988. Apesar de prever uma ordem econômica voltada para a concretização de justiça social e a valorização do trabalho e da livre iniciativa, no seu artigo 170, a organização financeira caminha no sentido inverso, prevendo uma estrutura orçamentária unificada que amplia a participação do Legislativo na sua elaboração, aprovação e execução, diminuindo a atuação do Executivo na implantação das políticas públicas (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006; BRASIL, 1988).

Presentes elementos que visavam, ao mesmo tempo, pelo desenvolvimento e pela austeridade no controle dos gastos públicos, o resultado desse debate é a formação de um texto com uma estrutura tão contraditória quanto os processos que resultaram na sua formação: ao mesmo tempo em que busca investir no desenvolvimento e no bem-estar da população, prevê uma austeridade no controle do déficit público e uma redução na intervenção do Estado na promoção de políticas destinadas a valorização do trabalho e do pleno emprego (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006).

Ao mesmo tempo, tal configuração constitucional foi capaz de impor um entrave ao desenvolvimento de políticas públicas sociais pautadas nas diretrizes econômicas previstas nos seus objetivos fundamentais e de permitir que, por meio das emendas constitucionais, os agentes de orientações político-econômicas conservadoras conseguissem implementar alterações que reduziam progressivamente o papel do Estado enquanto provedor do desenvolvimento, abrindo espaço

para as políticas neoliberais que permitem o livre funcionamento dos mecanismos de mercado (NUNES, 2007).

Não obstante, as disputas em torno da Constituição de 1988 não finalizaram com a sua promulgação. Apesar de ter previsto apenas um processo de revisão constitucional, observou-se durante os anos 1990 uma série de tentativas de modificar a estrutura constitucional *por dentro*, por meio da imposição de emendas que desnaturavam as ideias dos seus objetivos gerais (PAIXÃO, 2014).

A título de exemplo, somente no ano de 1995 foram aprovadas uma série de emendas liberalizantes do texto constitucional, reduzindo o seu aspecto desenvolvimentista, a saber: Emenda Constitucional nº 5, permitindo a exploração de serviços locais de gás canalizado mediante concessão; Emenda Constitucional nº 6, autorizando a pesquisa e a lavra de recursos minerais mediante empresa constituída sobre as leis brasileiras, ainda que dotada de capital internacional; Emenda Constitucional nº 7, excluindo o caráter privativo e predominante de brasileiros na prestação de serviços de transporte aquático; Emenda Constitucional nº 8, que permitiu a exploração dos serviços de telecomunicações, bem como os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens mediante autorização, permissão ou concessão; e, por fim, Emenda Constitucional nº 9, extinguindo o monopólio da União quanto às atividades destinadas a exploração das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos (BRASIL, 1995a; 1995b; 1995c; 1995d; 1995e).

Até nos governos do Partido dos Trabalhadores, em que se observaram políticas que incentivavam o crescimento do mercado interno e a produção de *commodities* para a exportação, são observadas medidas que favorecem a redução do Estado na implementação de políticas sociais: redução dos tributos em benefício dos grandes capitais e a manutenção de uma política financeira preservadora dos juros altos, procurando garantir o apoio do sistema financeiro (ANTUNES, 2018).

Inobstante às emendas verificadas acima, outras medidas mais recentes vêm demonstrando práticas que vão de encontro aos objetivos e princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição. É o caso de medidas como: a Emenda Constitucional nº 95/2016, que estabeleceu o congelamento de gastos públicos pelo prazo de vinte anos (BRASIL, 2016); a Lei 13.467/2017, que alterou mais de duzentos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho e reduz o alcance de uma série de direitos constitucionais no âmbito das relações de trabalho (BRASIL, 2017); e a Emenda Constitucional nº 103, que altera de maneira substancial o sistema de previdência social para reduzir ainda mais o papel do Estado na participação dos investimentos em relação ao sistema de seguridade social (BRASIL, 2019).

Por representarem uma tendência de ruptura com os princípios e objetivos fundamentais da Constituição de 1988, Cristiano Paixão classifica essas e outras medidas como sendo *práticas* ou *manobras desconstituintes*. Com isso, há uma diferença alarmante entre o projeto estabelecido pelo texto constitucional e as medidas que são implementadas pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (PAIXÃO, 2020a; 2020b).

A consequência desses processos é algo que vai para muito além da perda de atuação do Estado enquanto provedor do desenvolvimento. Há uma verdadeira tentativa de criar processos interpretativos que busquem *desdizer* a literalidade da Constituição, às vezes até mesmo amparada na estrutura contraditória de sua ordem financeira. Com isso, há uma redução na eficácia da Constituição quanto ao estabelecimento de diretrizes de atuação ao agente político e, gradualmente, uma corrosão dos espaços de participação democrática, na medida em que se reduzem as possibilidades de redução das desigualdades e de melhoria do bem-estar da população.

Com tais transformações na ordem econômica, o que se observa é uma perda gradativa da natureza social, implicando na trans-

formação do processo hermenêutico que visa a concretização dos direitos sociais. Isso se observa na medida em que o Estado, com tais alterações, passa a cada vez mais priorizar a redução do déficit público e a sua atuação no sentido de realizar políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fatores acima considerados, foi possível perceber que a Constituição de 1988 é fruto de um processo complexo de debates e que, muito embora seja frequentemente apontada como o ponto culminante da redemocratização do Brasil, ainda assim herda elementos presentes no Regime Militar que antecedeu a sua promulgação, em função da existência de setores político-econômicos que a defendiam como elemento representativo da continuidade de tal período.

A complexidade desses debates faz com que a Constituição de 1988 assuma uma faceta contraditória, prevendo objetivos fundamentais que necessitam de uma atuação estatal mais efetiva no sentido de realizar direitos sociais e, ao mesmo tempo, preconizando a redução do déficit público e a diminuição dos gastos na realização de políticas públicas. Essa estrutura favorece o desenvolvimento de outras medidas que vão cada vez mais reduzindo o papel do Estado enquanto o agente destinado a promover o desenvolvimento.

Reduzindo tal papel estatal enquanto agente transformador das estruturas político-econômicas, tais transformações, além de alterarem substancialmente a estrutura original da Constituição, também favorecem o desenvolvimento de uma hermenêutica voltada para a austeridade, reduzindo o alcance das normas constitucionais que preconizam a concretização de direitos sociais a partir da obrigação imposta ao Estado para reduzir os gastos com o bem-estar da população.

Com isso, não é de se surpreender que a atuação do intérprete da Constituição tenda a cada vez mais condicionar a sua atuação política ou jurídica no sentido de editar e seguir normas que prezem pela redução do déficit público. Isso acontece mesmo que vá de encontro a princípios gerais estabelecidos pela Constituição.

Esses fatores denunciam que as interpretações da Constituição estão intimamente associadas aos contextos político-econômicos específicos em que estão envolvidas e às transformações ocorridas nesses momentos históricos. Nesse sentido, não é possível dissociar a atuação do intérprete do contexto vivenciado, seja nos aspectos político e econômico, seja em relação às próprias mudanças ocorridas no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletário de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018.

BERCOVICI, Gilberto. O Estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. **Boletim de Ciências Económicas**, v. XLVII. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/handle/10316.2/24894>. Acesso em: 08 fev. 2021.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. **Boletim de Ciências Económicas**, v. XLIX. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006. Disponível em: https://digitalis-dsp.uc.pt/bits-tream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt. Acesso em: 08 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. [Emenda Constitucional] **Emenda Constitucional nº 5**, de 15 de agosto de 1995. Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 15 ago. 1995a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc05.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. [Emenda Constitucional] **Emenda Constitucional nº 6**, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 15 ago. 1995b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc06.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. [Emenda Constitucional] **Emenda Constitucional nº 7**, de 15 de agosto de 1995. Altera o art. 178 da Constituição Federal e dispõe sobre a adoção de Medidas Provisórias. Brasília: Diário Oficial da União, 15 ago. 1995c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc07.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. [Emenda Constitucional] **Emenda Constitucional nº 8**, de 15 de agosto de 1995. Altera o inciso XI e a alínea “a” do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 15 ago. 1995d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. [Emenda Constitucional] **Emenda Constitucional nº 9**, de 09 de novembro de 1995. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Brasília: Diário Oficial da União, 09 nov. 1995e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc09.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. [Emenda Constitucional] **Emenda Constitucional nº 95**, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 15 dez. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. [Emenda Constitucional] **Emenda Constitucional nº 103**, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília: Diário Oficial da União, 12 nov. 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.429**, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília: Diário

Oficial da União, 31 mar. 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113429.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: Diário Oficial da União, 13 jul. 2017b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.874**, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, 20 set. 2019b. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm). Acesso em: 18 dez. 2020.

GARGARELLA, Roberto. Authoritarian constitutionalism in Latin America: from past to present. In: GARCÍA, Helena Alviar; FRANKENBERG, Günter. **Authoritarian constitutionalism: comparative analysis and critique**. Connecticut: Elgar Online, 2019, p. 115-135.

NUNES, António José Avelãs. **Uma introdução à economia política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Paulo Affonso Martins de. **O Congresso em meio século**: depoimento a Tarcísio Holanda. 2 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1859>. Acesso em: 16 dez. 2020.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, v. 43, p. 415-460, 2014. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/43/0421.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2020.

PAIXÃO, Cristiano. Captura da constituição e manobras desconstituintes: crônica do Brasil contemporâneo. crônica do Brasil contemporâneo. **Transforma mp**, online, 6 nov. 2020a. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/artigos/captura-da-constituicao-e-manobras-desconstituintes-cronica-do-brasil-contemporaneo-por-cristiano-paixao/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

PAIXÃO, Cristiano. Destruindo “por dentro”: práticas desconstituintes do nosso tempo. **Transforma mp**, Online, 14 jul. 2020b. Disponível em: <http://www.transformamp.com/destruindo-por-dentro-praticas-desconstituintes-do-nosso-tempo/>. Acesso em: 04 ago. 2021.

SILVA, Luiz Inácio Lula da. Discurso proferido na sessão de 22 de setembro de 1988, **DANC**, 23 set. 1988, p. 14313-14314, 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Luiz%20Inacio%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2020.



2

Luana Hely Rodrigues de Carvalho
Talyson Gonçalves Callou

Conflito de Normas – princípios e regras: métodos de resolução

RESUMO

A ordem jurídica compõe-se de um conjunto de normas, estas diante de um caso concreto, podem conter preceitos contraditórios. É o que chamamos de antinomia normativa, ou seja, quando duas ou mais normas tratam da mesma matéria, porém de forma contraditória, exigindo do intérprete a utilização de métodos hermenêuticos para solucionar o caso em questão. As antinomias podem ser aparentes e reais, na primeira os meios de superação da contrariedade são tragas pelo próprio ordenamento, já a antinomia real em contrapartida, quando os critérios hermenêuticos não são capazes de solucionar o conflito, principalmente quando da concorrência entre princípios constitucionais. O referido trabalho trata-se de uma pesquisa qualitativa, quanto a natureza é uma pesquisa aplicada, no que se refere aos objetivos a pesquisa é explicativa, a metodologia utilizada foi a bibliográfica. Conclui-se que resolver tais antinomias proporciona de forma significativa o acesso às disposições legais, levando a efeitos mais efetivos, fazendo cumprir com o objetivo e a responsabilidade social a função de legislar do Estado.

Palavras Chaves: Direito Constitucional. Normas. Conflitos de Normas. Ponderação de Princípios.

INTRODUÇÃO

O Neoconstitucionalismo marca a história da democracia brasileira, ao conferir primazia à Constituição Federal de 1988, passando a buscar um modelo normativo axiológico e cujos valores material reverberam por todo o ordenamento jurídico, a exemplo disso podemos citar o fenômeno da filtagem constitucional também chamado de constitucionalização do direito, na qual a Constituição será a base interpretativa de todo o direito infraconstitucional. Dessa forma, há uma valoração da nossa Constituição perante as normas infraconstitucionais.

Tanto a Constituição Federal de 1988, quanto todo o nosso ordenamento jurídico são pautados na coesão, sistematização e unidade constitucional. No entanto, não é impossível que em nosso arcabouço normativo regras e princípios possam vir a colidir, já que vivemos em uma sociedade pluralistas e de grande produção legislativa.

A solução para estas antinomias vai depender de sua classificação, qual seja ela real ou aparente. Tratando-se de antinomia aparente ela terá quatro critérios de resolução, os quais são: o critério hierárquico (uma norma hierarquicamente superior prevalece sobre uma norma hierarquicamente inferior); critério cronológico (a norma posterior prevalece sobre a norma anterior em que for contraditória); critério da especialidade (a norma especial prevalece a norma geral) e o critério da norma mais benéfica (a norma mais benéfica prevalece a norma mais prejudicial ao réu).

Se tratando de antinomia real na qual é impossível sua resolução pelos meios descritos no parágrafo anterior, sendo que sua resolução caberá ao intérprete que terá que encontrar a melhor solução, podendo fazer uso da analogia, costumes e princípios gerais do direito. A nossa Carta Magna possui inúmeras antinomias reais.

Portanto, este trabalho de pesquisa visa verificar: qual a melhor forma de resolver uma lide no caso concreto, quando houver conflito entre normas constitucionais, de maneira que haja a máxima efetividade do texto constitucional?

NORMAS JURÍDICAS

O direito é uma ciência normativa, com pretensões de atuar sobre a realidade, conformando-a em função de valores e objetivos. O direito visa criar sistemas ideais: não se limita a descrição de um determinado objeto, mas prescreve como ele deve ser.

De acordo com Luís Roberto Barroso, as normas jurídicas são o objeto do direito, e prescrevem:

Normas jurídicas são prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social. Dentre suas características encontram-se a imperatividade e a garantia. A imperatividade traduz-se no caráter obrigatório da norma e no consequente dever jurídico, imposto a seus destinatários, de se submeterem a ela. A garantia importa na existência de mecanismos institucionais e jurídicos aptos a assegurar o cumprimento da norma ou a impor consequências em razão do seu descumprimento (BARROSO, 2015, p. 224).

As normas jurídicas detêm imensuráveis classificações, à luz dos mais diversos critérios, algumas delas são: quanto à hierarquia: normas constitucionais e normas infraconstitucionais; quanto ao grau de imperatividade: normas de ordem pública e normas de ordem privadas; quanto à natureza de comando: normas preceptivas, normas proibitivas e normas permissivas e quanto à estrutura do enunciado normativo: normas de conduta e normas de organização (BARROSO, 2015).

Imperioso destacar que, o ordenamento jurídico é um sistema hierárquico de normas onde a Constituição se encontra no topo. Essas normas são criadas pelo poder constituinte originário ou reformador e em sua grande maioria, são inseridas em uma Constituição que se classifica como escrita, por ser um documento solene, e rígida, por passar por um procedimento rigoroso para sua alteração. São critérios de aspecto formal para a criação e inclusão da norma no corpo do texto. As normas que integram a Constituição formal de um Estado soberano são dotadas de supremacia, gozando de superioridade jurídica em relação às normas infraconstitucionais, que são as demais pertencentes ao ordenamento jurídico, que estão hierarquicamente abaixo da Constituição (BARROSO, 2015).

Desse reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais resultam consequências especialmente relevantes, como: a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata, referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais, tendo as normas constitucionais um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais; funcionam como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, não aplicadas quando incompatíveis.

Nas palavras de Dantas, sobre a aplicabilidade das normas Constitucionais, “diz respeito à aptidão das normas de uma constituição de produzirem, imediatamente ou não, os efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, e expressamente nelas fixados (DANTAS, 2012).

A maioria dos países ocidentais democratas possuem supremas cortes que atuam no controle de constitucionalidade, e de acordo com Barroso (2015, p. 232), “os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais”.

PRINCÍPIOS E REGRAS JURÍDICAS

Ao analisar a estrutura das Normas de Direito Fundamental, Alexy esclarece quanto ao gênero e suas espécies, no qual norma é o gênero, do qual princípio e regra são espécies, é um dos pilares de sua teoria, constituem a base da fundamentação e a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais (ANDRÉA, 2013).

Existem inúmeros critérios para distinguir os princípios das regras, sendo que o mais comum é o referente ao nível de generalidade. Segundo esse critério, haveria apenas uma diferença de grau entre eles, onde regras teriam um grau de generalidade reduzida enquanto princípios têm um grau de generalidade elevado.

A diferença entre esses dois tipos de normas está na qualidade. Este critério se deve ao fato de que os princípios são *mandamentos de otimização*, que admitem um cumprimento gradual, realizado na maior medida do possível, considerando não só as possibilidades jurídicas (princípios e regras opostos) quanto aos fatos, proporcionando que esta norma possa ser cumprida em diferentes graus. Em contrapartida, as regras válidas são normas que só podem ser cumpridas ou não, de forma integral, exatamente no que ela exige (ANDRÉA, 2013).

Segundo Robert Alexy (apud ANDRÉA, 2013, p. 42), sob uma outra perspectiva, traz à baila “[...] apesar de distintos, tanto as regras como os princípios são normas, na medida em que dizem o que deve ser, devendo, ambos serem expressados com a ajuda de modais deônticos (v.g., ordem, proibição ou permissão)”.

Com esse entendimento, Alexy discorda da afirmação de que os princípios seriam razões apenas para regras, e essas razões para juízos concretos de dever ser, sustentando que os princípios e as regras

podem ser razões, tanto para normas quanto para juízos concretos de dever ser. Ou seja, princípios prescrevem que algo deve ser cumprido da melhor forma possível, dentro das possibilidades práticas e jurídicas enquanto uma regra deve ser cumprida totalmente. A regra é diferente dos princípios, pois na regra existe as possibilidades práticas e jurídicas quando na sua fixação, sendo cumprido absolutamente, sem haver questionamentos quanto ao seu cumprimento.

ANTINOMIAS JURÍDICAS

As antinomias cujo significado vem do vocábulo grego, é formado pela mesclagem das palavras *anti* (contraposto) e *nomos* (normas), que representam normas conflitantes sobre o mesmo fato na qual a aplicabilidade destas trazem consequências contraditórias, onde não se possa saber quais delas deverá ser aplicada ao caso concreto (AZEVEDO, 2018).

Segundo Silva (2018, p. 91) “para que haja Antinomia Jurídica é necessária a observância de três condições básicas: as normas devem ser contraditórias, ser válidas e estarem vigentes no momento do conflito”.

Tendo como pressuposto que o nosso ordenamento jurídico deve ser pautado na coesão e na unidade material dos dispositivos normativos, estes conflitos são consequências de deficiências no sistema jurídico.

ESPÉCIES DE ANTINOMIAS JURÍDICAS E MÉTODOS DE RESOLUÇÃO

Nosso ordenamento jurídico, em tese é um sistema lógico que não comporta antinomias. Contudo, a própria evolução histórica da humanidade, a substituição de valores sociais e a convivência na mesma democracia de correntes ideológicas diversas, faz com que surja aparentes conflitos entre as normas. Existe inúmeras soluções para essas supostas falhas. Muitas das quais são recomendadas pela própria Lei.

ANTINOMIA REAL

Nasce quando ocorre colisão entre duas normas, as quais nenhuma se sobrepõe a outra, causando a sua exclusão por não haver uma maneira de anular a contradição em questão com os critérios presentes no ordenamento jurídico.

Tendo em vista que em nosso sistema normativo os princípios devem ser aplicados. Um exemplo nítido para que haja uma solução ao se tratar da antinomia real é a observância aos princípios constitucionais da inafastabilidade do judiciário e da vedação ao *non liquet*, na qual nenhum caso posto a decisão do judiciário deixará de ser decidido sob a alegação de ausência ou incompatibilidade de norma.

Assim, diante dessa antinomia, o intérprete deverá usar de métodos hermenêuticos, ponderando princípios e regras, para que o caso seja resolvido de forma razoável, satisfatória e proporcional.

ANTINOMIA APARENTE

Conforme dispõe Silva (2018, p. 94) “As Antinomias Aparentes pressupõem a existência de critérios que permitam sua solução. É a que pode ser resolvida, eis que não demonstram verdadeiramente inconsistência do ordenamento jurídico”.

Diferentemente das Antinomias Reais, a doutrina traz quatro principais critérios para solucionar as Antinomias Aparentes, quais sejam: o critério hierárquico, critério cronológico ou temporal, critério da especialidade e o critério da norma mais benéfica.

CRITÉRIO HIERÁRQUICO

Dentro do processo de interpretação, este se destaca como o principal critério de solução das antinomias jurídicas.

E nas palavras de Silva.

Desenvolvido sobre os ensinamentos de Hans Kelsen, [...] este critério tem como norma. mais importante a Constituição, servindo de fundamento de validade para as demais normas jurídicas. [...] Uma norma hierarquicamente superior prevalece sobre norma hierarquicamente inferior, da mesma forma que uma norma hierarquicamente inferior nunca poderá se sobrepor a uma norma hierarquicamente superior, uma vez que extrai seu fundamento de validade dessa norma (SILVA, 2018, p. 94/95).

Colocando em um exemplo prático, podemos comparar com o exército, há uma hierarquia, uma relação de subordinação. Seguindo a linha do critério hierárquico, quando houver um conflito entre uma antinomia de uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional, é imperioso que a norma constitucional sobressaia qualquer outra norma que esteja abaixo da Constituição.

CRITÉRIO CRONOLÓGICO OU TEMPORAL

Quanto a este critério, ele está embasado na origem das normas, desde o seu surgimento. Para Silva (2018, p. 97), “tudo que vem depois estaria mais atualizado do que vem antes. Na linguagem jurídica: norma posterior prevalece sobre norma anterior naquilo que for contraditória”. Dessa forma, toda lei recém-criada poderá revogar ou não uma lei vigente do ordenamento jurídico, podendo essa revogação vir de forma expressa ou tácita.

Podemos observar tais critérios previstos na legislação, como é o caso da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que no corpo do seu art. 2º e §1º, traz o seguinte entendimento, se não houver previsão de vigência estipulado no corpo lei, está permanecerá vigente até que venha uma nova lei e a modifique ou revogue, e fará isso, declarando expressamente, justamente por haver incompatibilidade ou por a nova lei trazer uma regulamentação nova. (BRASIL, 1942).

CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE

Segundo Silva (2018, p. 97), este é “o critério que consiste em determinar a aplicação da norma mais específica para o caso concreto, não acarretando em revogação da outra norma preterida, de caráter geral, quando em conflito”. Com isso, a norma especial prevalece sobre a norma geral, por trazer mais detalhes na lei de forma a especificá-la, e de maneira alguma isso pode acarretar revogação da norma geral.

CRITÉRIO DA NORMA MAIS BENÉFICA

Já o critério da norma mais benéfica, surge como a finalidade de preservar o réu, de forma a resguardá-lo de normas daninhas que possam levá-lo a um julgamento injusto.

Para Silva (2018, p. 99). “Parte-se do pressuposto de que nenhuma interpretação, em um eventual conflito de normas – antinomias, que prejudicasse o destinatário pudesse vigorar, mas sim a que fosse mais benéfica”. Vale frisar que, são poucos os autores que trazem esse critério como uma forma de resolução das antinomias.

CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Conforme mencionado no tópico anterior existem certos critérios para solucionar as antinomias, no entanto a depender de sua classificação estas não serão satisfatórias.

Contudo, quanto às normas constitucionais, em especial aquelas principiológicas, a solução precisa de uma cautela maior. Para solucionar esse litígio, precisa compatibilizar as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete (MORAES, 2016).

Para Alexy (apud ANDRÉA, 2013, p. 43), a solução nos casos de colisão de princípios se dá:

[...] uma vez que ela deixa de se situar no plano da validade, indo para o plano dos pesos (ponderação de bens), onde se deve considerar, obrigatoriamente, as circunstâncias de cada caso, para depois se reconhecer qual dos princípios colidentes terá[] prevalência.

Podemos concluir que o confronto entre normas constitucionais originárias é resolvido por meio de três critérios interpretativos: i) com o escopo de possibilitar a harmonização entre elas, ii) com a máxima efetividade de ambas, iii) dentro dos limites do caso concreto (MORAES, 2016).

Guilherme de Moraes (2016, p. 50), dá seu parecer na hipótese de colisão entre princípios, “[...] não há a configuração de antinomia entre normas constitucionais em sentido técnico, de forma que o conflito é resolvido pela aplicação do critério da ponderação dos valores em jogo, [...]”. No conflito entre princípios prevalece o princípio de maior relevância axiológica, o intérprete é quem irá identificar os motivos dos conflitos aparentes, chegando a uma inteligência harmoniosa, onde um princípio ficará restrito em proveito do outro.

PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Sustenta Alexy (apud ANDRÉA 2013, p. 41) que, “a ciência do direito, além de racional, é uma disciplina prática, uma vez que a pergunta central é: O que é devido nos casos reais?”.

No entanto, não existe hierarquia entre os princípios, todos possuem o mesmo peso e valor, quando ocorre colisão entre dois Princípios, deve ocorrer a ponderação ao fato determinado, independente da escolha do princípio, Além do mais, vale lembrar que, na ponderação de princípios, um princípio não revoga nem extermina o outro, mas no caso concreto de conflito de princípios, um até poderá ser aplicado em detrimento do outro. Claro que devemos sempre procurar a maneira deles coexistirem.

Salienta-se, dada a sua importância, que, para Alexy (apud ANDRÉA, 2013, p. 45), “[...] não existem princípios absolutos, isto é, que

sempre tenham preferência sobre os demais, em qualquer circunstância [...]”. Traz como exemplo o princípio referente à dignidade humana, afirmando que nem mesmo este princípio possui caráter absoluto.

Precisa-se analisar todas as circunstâncias dos fatos citados, e, a partir do conflito, justificar o porquê de aplicar aquele princípio grau de ponderação. Os Princípios devem servir a sociedade de acordo com as suas necessidades, sendo os mais justos possível. A ponderação utiliza como critério o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade e vale frisar que, de maneira alguma, um princípio deve anular o outro, deve apenas receber uma valorização a mais devida a situação.

Fica a cargo do intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso que Alexy diz que os princípios são mandados de otimização, devendo ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes no caso concreto. Daí o porquê, que os direitos neles fundados são ditos como *prima facie*, ou seja, porque poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito não é uma análise isolada de uma norma, mas sim de um conjunto de normas interligadas que formam um sistema normativo, podendo surgir o fenômeno das Antinomias Jurídicas, que são normas em conflitos de interpretação quando se busca a solução de determinada lide.

Os princípios e as regras sejam elas gerais ou constitucionais devem ser harmônicas, tendo em vista o princípio da unidade constitucional, já que possibilita a integridade do sistema bem como contribui para a solução das contradições nele existente.

No caso de colisão entre regras e princípios constitucionais, é papel do intérprete, tomando como base os princípios da dignidade da pessoa humana, moralidade e segurança, buscar solucionar a questão com o propósito de chegar ao resultado mais satisfatório ao caso. Portanto, constata-se que, para conferir a máxima efetividade ao texto constitucional, se faz necessário a atividade hermenêutica do jurista, bem como dos demais intérpretes por meio da análise e aplicabilidade dos princípios instrumentais de interpretação constitucional, sendo este método considerado um importante fator de resolução das antinomias.

REFERÊNCIAS

ANDRÉA, Fernando de. **Robert Alexy - Introdução Crítica**. São Paulo: Forense, 2013.

AZEVEDO, Nilcinara Huerb. Conflito Aparente de Normas Constitucionais: Métodos de Solução. In: **Hermenêutica constitucional: temas atuais**. 22. ed. Manaus: Valer, 2018. p. 235-255.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** / Luís Roberto Barroso. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Diário Oficial da União, 04 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

DANTAS, Paulo Roberto Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Guilherme de. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: 2016.

SILVA, Higor Luís de Carvalho. **Antinomias de Normas Jurídicas: Métodos de Solução**. In: *Hermenêutica constitucional: temas atuais*. 22. ed. Manaus: Valer, 2018. p. 89-103.

3

José Leite Cabral Neto

Por que a Inteligência Artificial ainda não pode nos fornecer respostas judiciais constitucionalmente adequadas?

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo traçar alguns aspectos sobre a possibilidade da inserção da Inteligência Artificial na prestação jurisdicional brasileira, destacando a abertura do debate pela edição da Resolução nº 332 do Conselho Nacional de Justiça, que sufragou essa hipótese. Nesse contexto, o estudo propõe discutir as possibilidades dessa conjectura à luz do que se cunhou, no paradigma pós-positivista, de resposta constitucionalmente adequada. Em termos de metodologia, adotou o método dedutivo e o procedimento de análise bibliográfica. Para tanto, perfilou-se por alguns dos principais aspectos que desenham a mecânica funcional desses autômatos no processo de tomada de decisão, fazendo um paralelo com o pensamento humano. Ao mesmo passo, foi utilizado como cotejo um estudo investigativo realizado sobre o software COMPAS, empregado em alguns Estados norte-americanos para avaliar o risco de reincidência de um réu em um processo criminal. Desta feita, foi possível concluir que ainda não é possível depositar nessas máquinas a possibilidade de serem operadores jurídicos, mas que há viabilidade de instrumentalizá-las como ferramentas de racionalização de injustiças.

Palavras-chave: Internet das coisas. Inteligência artificial. Vieses cognitivos. Decisão judicial. Resposta constitucionalmente correta.

INTRODUÇÃO

Deparar-se com um estado de constante transformação das relações humanas é cada vez mais comum na contemporaneidade. Nesse cenário, a frase Nunca estivemos tão conectada quanto hoje! se apossou de uma liquidez semântica, no mínimo, curiosa, como se estivesse permanentemente adaptada ao amanhã. Seus significantes nos permitem uma ideia de que vivemos o hoje na certeza de uma nova arquitetura tecnológica de interação no dia porvir. É como se a tecnologia estivesse represada e nos fosse entregue em parcelas.

Esse quadro é consequência de uma estruturação cada vez mais sólida do *ciberespaço*, ganhando protagonismo nos mais diversos campos das relações humanas, inclusive nas relações jurídicas.

Exemplo disso é que no dia 21 de agosto do ano de 2020 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 332 (Brasil, 2020), responsável por cancelar a introdução da Inteligência Artificial (IA) no Poder Judiciário. Resumidamente, a proposta é de aperfeiçoar, em termos de agilidade e coerência, o processo de tomada de decisões.

Há de se destacar, a bem da verdade, que não foi especificado pelo ato normativo qual a natureza dessas decisões, entretanto, o presente artigo partirá da possibilidade de se introduzir esses constructos tecnológicos no processo de tomada de decisões judiciais.

Seguindo essa direção, utilizando o método dedutivo e como técnica de pesquisa a análise bibliográfica, focando uma análise doutrinária, o artigo tentará desvendar como giram os elementos que integram as engrenagens dessa inteligência, utilizando, para tal, das conceituações levantadas por Magrani (2019), Wimmer (2019) e de estudos recentes apresentados pela revista MIT Technology Review (2020).

Partindo do entendimento sobre a dinâmica dessas estruturas, tornar-se-á possível compreender que essa infraestrutura de decisão, ao cabo, reflete uma atuação humana nada incomum, mas muitas vezes ignorada ao senso comum, no caso do ambiente das decisões judiciais, ao senso comum teórico dos juristas, tão criticado por Streck (2014).

Paralelamente, será demonstrado, a partir do pensamento comportamental desenvolvido por Kahneman (2012), as origens dessa percepção comum e como elas se replicam na estrutura decisória da Inteligência Artificial, ponto no qual utilizar-se-á do exemplo do caso COMPAS (*correctional offender management profiling for alternative sanctions*), ocorrido nos Estados Unidos da América.

Dessa maneira, tendo como crivo jusfilosófico o que se cunhou, a partir da perspectiva pós-positivista conceituada Müller (2019), de decisão constitucionalmente adequada, ficará mais nítido qual o norte de possibilidades da atuação desses autômatos digitais no terreno da prestação jurisdicional.

A INTERNET DAS COISAS, O TERRENO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Internet das Coisas (IoT) é a expressão usada para fazer referência a uma estrutura de interação humana cada vez mais mediada por máquinas. Segundo Magrani (2019, p. 29), o termo faz menção à conectividade e interação entre vários tipos de objetos do dia a dia sensíveis à internet, “um mundo em que objetos e pessoas, assim como dados e ambientes virtuais, interagem uns com os outros no espaço e no tempo”.

Nessa estrutura, as tecnologias estão cada vez mais produzindo informações sobre seus usuários e as pessoas ao seu redor, alimentando o que se chama *Big Data*.

O Big Data é a estrutura responsável por estabelecer uma conexão de larga escala entre as bases de dados e, daí, possibilitar novas perspectivas de valorar um problema, chamadas *insights*. Segundo expõe Wimmer (2019, p. 17), esses insights possibilitam “estabelecer relacionamentos imprevistos entre dados coletados em diferentes contextos e para diferentes finalidades”.

É sobre esse espaço de constante *datificação* que algoritmos e Inteligência Artificial (IA) ganham vida.

Conforme se depreende do texto da resolução nº 332 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (Brasil, 2020), o conceito de algoritmo envolve uma sequência de comandos a serem executados por um *software*, com o objetivo de processar informações para um propósito específico; por sua vez, a Inteligência Artificial comportar-se-ia como um conjunto de dados correlacionados a algoritmos, matematicamente modelados, cujo objetivo consiste em entregar respostas inteligentes, associadas ou comparáveis a determinados aspectos do raciocínio humano.

Todavia, o conceito de Inteligência Artificial não se fecha nesse modelo. Conforme afirma a MIT Technology Review (2020), em seu artigo *O que é Inteligência Artificial? Nós fizemos um fluxograma para entendê-la*, esses dispositivos digitais comportam-se como uma espécie de máquina que pode aprender, raciocinar e agir por conta própria. Nessa esteira, é de crucial importância entender como esses autômatos aprendem a raciocinar e decidir.

Atualmente, a maioria das Inteligências Artificiais utiliza de algoritmos chamados *machine learning*, que são uma sequência de instruções com o fim de encontrar padrões, no caso das relações humanas, comportamentais, em cima dos quais faz previsões de tomada de decisão. Isto é, a IA decide conforme um padrão de pré-compreensão do mundo.

Dessa maneira, e resumidamente, a Inteligência Artificial reconheceria padrões em cima de uma base de dados e os replicaria ou os adequaria para a resolução de um determinado problema. Essa metódica, destaque-se, não é, a despeito de toda a linguagem técnica, estranha à inteligência humana, que também decide conforme padrões de eficiência.

O JULGADOR POR TRÁS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A Inteligência Artificial, reafirma-se, caracteriza-se por ser um autômato consideravelmente especializado em resolver tarefas específicas. Entretanto, há aí algo autoexplicativo: por trás do constructo há o construtor. Nesse sentido, os padrões comportamentais da máquina não estão muito distantes dos padrões humanos que, pela psicologia comportamental, são chamados de vieses cognitivos ou *biases*.

Para jogar luz sobre esse aspecto, é preciso reportar ao que os psicólogos Stanovich e West (apud KAHNEMAN, 2012) delimitaram sobre o raciocínio humano, dividindo-o em dois sistemas. O Sistema I é o principal responsável pelas decisões que exigem um menor esforço mental, operando de maneira rápida, automática e geralmente seguindo um impulso (p. ex.: julgar expressões de raiva ou alegria facial). Por sua vez, o Sistema II diz respeito àquelas áreas do cérebro responsáveis pelo esforço de calcular, pela concentração, pelo monitoramento e pelo controle das sugestões formuladas pelo Sistema I (p.ex.: no trabalho de se responder a equação 543×1791).

Entretanto, conforme nos expõe Kahneman (2012), a dinâmica entre esses sistemas é fundamentalmente involuntária e esconde um cerco cognitiva. Segundo o autor, o Sistema II, com infeliz frequência, revela-se desidiioso e preso à lei do menor esforço, tendendo a manter

o uso do Sistema I. É nesse estado que surge a referida armadilha, quando o nosso cérebro, seguindo um instinto de sobrevivência atrelado à ideia de um menor gasto de energia, passa a confundir facilidade cognitiva com verdade. Essa predileção ganha uma gravidade ainda maior quando se dá pela atuação jurisdicional do Estado.

Freitas (2014) nos expõe uma noção de como o Sistema I encontra terreno fértil no âmbito da prestação jurisdicional, em particular sob o teto do crescente numerário processual e o respectivo congestionamento do Judiciário, pois, segundo o autor, os sistemas se colidem na interpretação jurídica, principalmente quando o Sistema II se encontra debilitado ou exaurido. Nesta hipótese, a interpretação caminha instintivamente para a valoração de menor esforço, isto é, pelo Sistema I. Dessa maneira, mesmo divorciados da perspectiva de uma justiça ligada ao caso concreto, julgamentos com base em replicações de padrões de compreensão passam a ser a regra.

Essa mecânica comportamental, inconscientemente eleita como metodologia de interpretação jurídica, ergue uma bandeira de cautela ainda maior quando se concebe como a fonte inicial dos comandos da inteligência artificial, o que pode ser evidenciado da programação decisória do autômato.

Segundo a *MIT Technology Review*, em artigo intitulado *É assim que o preconceito da Inteligência Artificial (IA) realmente acontece* – e por que é tão difícil de consertar, na formação do padrão decisório da IA, sobressaem-se três fases: i) o enquadramento do problema; ii) a coleta de dados; e iii) a preparação dos dados. Em cada uma dessas fases destaca-se a direção que é dada pelo programador, isto é, o que se quer responder. Nessa perspectiva, a IA pode seguir dois caminhos, ou os dados coletados não representam a realidade ou refletem os preconceitos existentes, e esse é um diagnóstico que pode ser tirado com clareza do que ficou conhecido, nos Estados Unidos da América, como caso COMPAS.

Conforme notícia trazida por Soprana (2016) o COMPAS (*correctional offender management profiling for alternative sanctions*) é um algoritmo fabricado pela empresa Equivant, com o fim de determinar a probabilidade de reincidência de prisioneiros. O referido comando é utilizado por diversos estados norte-americanos, mas apenas ganhou holofotes no ano de 2016, após a publicação de um estudo realizado pelo jornal ProPublica que envolveu os dados de mais de 7 mil detentos. Segundo a análise investigativa, o referido algoritmo age de modo tendencioso e racista.

Contudo, em análise mais profícua dos dados, percebeu-se que não era a máquina a detentora do comportamento preconceituoso, mas que apenas refletia uma ilação resultante do padrão decisório inserido na fase de coleta de dados da sua programação, isto é, a máquina apenas pôs em evidência um pré-conceito, antes velado no bojo dos motivos da decisão ou que passava despercebido pelo senso comum teórico dos juristas.

Sobre o padrão decisório do COMPAS, como bem nos explica Vieira (2019), apesar da cor da pele não figurar como uma variável em evidência no algoritmo, acabava se evidenciando por outros aspectos considerados, como, por exemplo, local de residência, características das redes sociais e educação. Através de questões como essas o algoritmo passou a exercer a sua capacidade de raciocinar sobre dados não lineares, dito de outro modo, não configurados como um comando explícito, e chegou à conclusão de que negros guardavam um maior risco de reincidência do que brancos, o que influenciava diretamente aspectos como da concessão de liberdade provisória e dosimetria da pena.

Dessa maneira compreendido, é possível dizer que, quando transferidos para os padrões de linguagem algorítmica, seria o algoritmo um sequenciador de possíveis significados, ou seja, um texto (sequência finita de instruções) operado, a seu turno, por uma Inteligência

Artificial, com o objetivo em uma tomada de decisão. A peculiaridade aqui é que esses padrões basear-se-ão em dados cujo propósito é categorizar a maneira como o judiciário decide casos semelhantes e, em cima dessa apreensão de sentido, conduzir como a Inteligência Artificial deve decidir o caso concreto.

Ocorre, todavia, que as respostas oriundas do raciocínio da máquina, seja divorciando-se da realidade, seja reproduzindo preconceitos, refletem um paradigma jusfilosófico que há muito tenta ser superado, o da filosofia da consciência, pois, em ambos os resultados, o retrato temporal do problema não dialoga com o *insight*, mas é assujeitado por ele e existe em função dele, como se lhe fosse possível ditar a realidade.

Concebida como exposto, essa análise interpretativa nada mais é do que um revisitado ao que se cunhou de Positivismo Fático ou Realismo Jurídico, em que, segundo Streck (2014), “o Direito seria aquilo que os tribunais dizem que é”, dessa vez, sendo as máquinas as mediadoras.

Ocorre que, como levanta Müller (2019), texto (o que, pelo presente estudo, inclui algoritmo) e norma não se confundem, isto é, o texto não pode ditar a realidade como uma estrutura autoexplicativa, pois, caso contrário, o julgamento limitado por esses padrões não passaria de um devaneio positivista e uma replicação de pré-conceitos, o que não encontra compatibilidade com as premissas fundamentais da nossa Constituição.

PÓS-POSITIVISMO E RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

A Constituição de 1988, explica Bonavides (2008), necessita de uma perspectiva hermenêutica que supere as correntes formalistas de interpretação. Essa superação urge uma ótica da normatividade constitucional que vá além do texto normativo e que figure com igual importância a fundamentação do direito na Constituição de fato, isto é, que considere todos os aspectos eventualmente omitidos pela dissociação entre forma e substância. Com esse fim, o entendimento constitucionalmente adequado da norma demanda uma dinâmica interpretativa que sempre considere como condição do significado uma inter-relação contemporânea entre texto normativo e caso concreto. Apenas a partir daí ter-se-á respostas constitucionalmente adequadas a uma eficácia material dos direitos fundamentais.

A despeito disso, é necessário destacar que falar em resposta constitucionalmente adequada não é falar em um método ou fórmula que, ao ser aplicado, nos daria a referida solução. Nessa ordem, Abboud (2014, p. 45) nos diz que “se houvesse tal fórmula, que dispensasse o elemento hermenêutico, o julgador seria desnecessário, ele poderia ser substituído por qualquer outra artificialidade mais produtiva”.

Ato contínuo, falar em resposta correta é, a priori, reconhecer que não se constrói uma decisão dissociada do seu retrato temporal, ao mesmo tempo em que os sentidos dos enunciados não podem ser achados exclusivamente numa espécie de vontade do texto (*mens legis*) ou do seu editor (*mens legislatoris*).

Partindo, então, dessa arquitetura, supera-se a separação, tipicamente kelseniana, entre o estudo do direito e da realidade. Nessa esteira, Müller (2019) aponta que a norma passa a ser visualizada como um arremate que apenas se concebe em sua aplicação, no que se

cunhou de círculo da compreensão ou círculo hermenêutico. Sob esta estrutura a linguagem é condição de acesso à compreensão e essa se dá nos limites daquela. Isto posto, dá-se a distinção entre Texto Normativo (significante) e Norma (significado). Os enunciados ou textos normativos expressam uma face da pré-compreensão do mundo. Seriam, pois, resultados de uma construção jurídica histórica e que, portanto, não podem ter sua manifestação imanente desconsiderada, ao passo que também não podem ditar, com exclusividade, a realidade.

À vista disso, para o autor e os adeptos de sua teoria estruturante, seguir o caminho fenomenológico da norma requer reconhecer a obsolescência do silogismo. Ou seja, há de se constatar que a ideia de uma norma em abstrato solucionando uma multiplicidade de casos não dialoga com a moldura temporal do caso concreto, o que se divorcia do próprio sentido de justiça material.

Por outro lado, esse raciocínio não implica dizer que aquele que interpreta os enunciados esteja autorizado a atribuir sentidos arbitrários aos significantes, mas que - dialogando com a teoria do Romance em Cadeia de Dworkin (1999) - há uma sucessão de significados históricos que deve condicionar sua interpretação. Essa perspectiva nos entrega a ideia de coerência e integridade, mesmo quando a linha de significado até então atribuída ao texto não dialogue com o caso concreto, isto porque é apenas pela reconstrução histórica dos sentidos que se é possível a percepção de uma insuficiência semântica e, portanto, de uma necessária agregação de sentido.

Assim esquadrinhado, permitir que as decisões jurídicas sejam tomadas exclusivamente com base em padrões de interpretação talhados em decisões anteriores é artificializar o direito mais do que já se encontra. Trata-se de uma ideia de agilidade e congruência que retoma uma perspectiva exclusivamente econômica de eficiência, isto é, da gestão da eficiência com menor esforço que, no caso das decisões judiciais, redundaria na produção de resultados artificiais, já que divorciados da demanda concreta.

Ao mesmo sentir, Müller (2019) nos coloca que, ao lado dessa prática de assujeitamento da realidade pelos signos, há uma prática jurídica decisória que disfarça a capacidade das partes de impor a própria interpretação. Nesse sentir, aponta o autor que há uma espécie de senso comum no meio jurídico que, seja na perspectiva social, econômica ou formal de convencimento da esfera judicante, coloca-se como um discurso tradicionalista de poder disfarçado de discurso cognitivo.

A conclusão sumária, portanto, seria da inutilidade nas IA's no bojo da perspectiva pós-positivista das decisões judiciais. Todavia, é possível afirmar que esta consideração está equivocada.

Remetendo ao resultado da investigação do jornal ProPublica sobre o algoritmo *COMPAS* é possível afirmar que a inserção da inteligência artificial não deve ser totalmente descartada pela hermenêutica, mas integrada como um instrumento racionalizador da separação entre padrão (texto) normativo e caso concreto. Por conseguinte, alocados como mecanismos de evidenciação das pré-compreensões inconstitucionais, as Inteligências Artificiais se encaixam no modelo de filtro cognitivo proposto por Freitas (2014) ao mesmo passo que se encaixam às premissas de uma resposta constitucionalmente adequada.

AINDA HÁ UM FUTURO PARA A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Freitas (2014) nos explica que, apesar da armadilha concebida na dualidade dos sistemas de interpretação, é perfeitamente possível remediar as falhas cognitivas do julgamento, adotando o intérprete uma espécie de comportamento de reflexão sobre seus vieses cognitivos. Nesta senda, conhecedor dos seus padrões de pré-compreensão de mundo, o julgador deverá adotar o hábito de desconfiar das próprias crenças, fomentando o uso do Sistema II. Entretanto, a tarefa não

é das mais fáceis, visto que demandaria um constante revisitar de suas decisões anteriores já somadas a um elevado número de demandas presentes. Além disso, não bastaria a expectativa de se ter um bom julgador, é necessário que se conceba mecanismos de acesso aos insights construídos pela Inteligência Artificial, levantando uma via de publicidade e auditabilidade.

Destarte, em sentido inverso ao que se tenta conduzir o uso da máquina, a inteligência artificial direcionaria o intérprete ao vislumbre de seus preconceitos com base na sobrelevação dos padrões edificados em seus precedentes, muitas vezes velados pela retórica do convencimento, ao passo que também disporia às partes o acesso a elementos da decisão possivelmente divorciados do caso concreto.

Todavia há ainda outro problema de considerável importância a obstaculizar essa possibilidade, a penumbra que permeia o processo de como as IA's chegam aos novos *insights*, chamada de opacidade.

Aqui, é pontual lembrar que as Inteligências Artificiais conseguem estabelecer padrões não lineares entre os precedentes contabilizados, pondo em evidência valorações antes não percebidas por que veladas pelo Sistema Primitivo do intérprete e elípticas na argumentação jurídica da decisão. O problema, entretanto, é a dificuldade em oferecer explicações para as respostas obtidas. Segundo Wimmer (2019, p. 19), esse aspecto reporta a um paradoxo para o que se levantou como resposta constitucionalmente adequada, pois “à medida que aumenta a capacidade de extrair inferências imprevistas, cresce a dificuldade de concretizar ideias ligadas à transparência, à compreensibilidade e à auditabilidade”.

Entretanto, como a tecnologia parece nos ser entregue em parcelas, desenvolvedores de IA trabalham incessantemente para construir mecanismos que mitiguem essa opacidade.

Assim, superado o problema da auditabilidade e publicidade das inferências estabelecidas pelos julgadores artificiais, é possível

concluir pela Inteligência Artificial como um robusto aliado no fomento de decisões mais justas e mais próximas do que delinea a Constituição. Há, dessa maneira, uma luz para o uso constitucionalmente adequado do avanço tecnológico, que é cada vez menos contingenciável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo empenhou-se em traçar um possível caminho para o uso da Inteligência Artificial na prestação jurisdicional, mais especificamente na tomada de decisões judiciais. Para tanto usou como mote a edição da Resolução nº 332 pelo Conselho Nacional de Justiça, que inaugurou formalmente essa possibilidade.

Partindo desse foco, o primeiro tópico do artigo preocupou-se em conceituar e explicar as estruturas básicas que compõem o raciocínio desses autômatos. Em seguida, tentou estabelecer um paralelo com o raciocínio humano, à luz do pensamento de Daniel Kahneman e chegou à consideração de que o raciocínio da IA constitui uma das faces do pensamento humano, todavia, com uma capacidade diversa, a de estabelecer conexões não lineares entre os dados, paralelos estes quase sempre anuviados pelo nosso subconsciente.

A partir de então, a labuta foi conceber como esses mecanismos de pensamento se refletem na tomada de decisões judiciais e se compõe uma modalidade interpretativa constitucionalmente adequada. Nessa esteira, acostou-se como exemplo a investigação realizada pelo jornal ProPublica sobre o algoritmo COMPAS, usado em alguns estados norte-americanos para estabelecer probabilidades de reincidência criminal e que acabou por estabelecer insights preconceituosos e racistas.

Partindo da concepção de que a Constituição de 1988 demanda uma hermenêutica inteirada com o caso concreto e que o positivismo,

seja o exegético, seja na espécie de Realismo Jurídico, não mais se encaixa na atual perspectiva de eficácia constitucional, concebeu-se a ideia de resposta constitucionalmente adequada à luz do paradigma pós-positivista, em torno do qual as pré-compreensões de mundo não mais exauram o sentido da norma.

Posto isto, e concebendo que as IA's funcionam essencialmente sob padrões de pré-compreensão, concluiu-se pela impossibilidade da autossuficiência desses autômatos em fornecer uma justiça mais próxima da sua perspectiva material.

Entretanto, e com base no retrato do caso COMPAS, percebeu-se como possibilidade inteirada com o paradigma pós-positivista o uso das IA's como modalidades de filtros cognitivos racionalizadores dos preconceitos que, por vezes, encontram-se inseridos no fundamento das decisões, porém, maquiados pelo senso comum teórico.

Desta feita, o uso da Inteligência Artificial em sintonia com a Constituição não se encontra em absoluta penumbra, sendo perfeitamente possível o avanço tecnológico em parceria com a promoção da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Discricionarietà administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BONAVIDES, **Teoria constitucional da democracia participativa por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 332**, de 18 de Março de 2009. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: 67 Presidência do CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 15 de dez. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREITAS, Juarez. (2014). Hermenêutica e desvios cognitivos. **Revista De Direitos E Garantias Fundamentais**, n. 13, p. 277-308. Disponível em: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v0i13.416>. Acesso em: 15 dez. 2020.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs**: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

MIT TECHNOLOGY REVIEW. O que é Inteligência Artificial?: Nós fizemos um fluxograma para entendê-la. **MIT Technology Review**, ONLINE, p. [s.n], 22 nov. 2020. <https://mittechreview.com.br/o-que-e-inteligencia-artificial-nos-fizemos-um-fluxograma-para-entende-la/> - Acesso em: 16 dez. 2020.

MIT Technology Review. É assim que o preconceito da Inteligência Artificial (IA) realmente acontece – e por que é tão difícil de consertar. **MIT Technology Review**, ONLINE, p. [s.n], 7 nov. 2020. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/e-assim-que-o-preconceito-da-inteligencia-artificial-ia-realmente-acontece-e-por-que-e-tao-dificil-de-consertar/> Acesso em: 18 dez. 2020.

MÜLLER, Friedrich. Problemas de linguística do direito. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. 261 Curitiba, v. 11, n. 20, p. 258-263, jan-jul, 2019.

SOPRANA, Paula. Os computadores são racistas? Algoritmos e inteligência artificial discriminam negros nos Estados Unidos, mas a culpa não é da máquina – ela é reflexo da sociedade. **ÉPOCA**, São Paulo, 02 nov. 2016. Disponível em: <https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/05/maquinas-viraram-racistas.html>. Acesso em: 22 dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

VIEIRA, Leonardo Marques. A problemática da inteligência artificial e dos vieses algorítmicos: caso compas. In: **Brazilian Technology Symposium**, 1, 2019, Campinas, Anais [...]. Campinas, 2019.

WIMMER, Miriam. Inteligência artificial, algoritmos e o direito, um panorama dos principais desafios. In: LIMA, Ana Paula M. Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (org.). **Direito Digital**: debates contemporâneos. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

4

Agnes Morgana Silva
Aryêtha Turbano Ribeiro

**Direitos Sexuais,
Reprodutivos
e Hermenêutica:**
a interpretação em prol
da autonomia feminina
na escolha dos métodos
contraceptivos

RESUMO

O presente artigo consubstancia-se no estudo dos direitos sexuais e reprodutivos e na hermenêutica constitucional como meio de interpretação em relação à autonomia da mulher na escolha dos métodos contraceptivos. Teve como objetivo analisar, a partir do referencial feminista, a política nacional dos direitos sexuais e direitos reprodutivos no Brasil, com o propósito de compreender e valorizar esses direitos como processo de transformação e empoderamento feminino, frente à sociedade. Ao fim, concluiu-se que, mesmo com políticas públicas em saúde da mulher, a falta de informação, o domínio precário para operá-los e a inércia do legislador na interpretação do texto jurídico, não garantem, como deveriam, uma margem de escolha para que as mulheres tenham maior conhecimento na adoção dos métodos contraceptivos. O método básico de pesquisa utilizado foi o dedutivo, por meio de pesquisa teórica e qualitativa, a partir de material bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Direitos reprodutivos. Contracepção. Laqueadura. Hermenêutica.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são direitos supranacionais, pois, constituem-se como fundamento de todos os Estados Democráticos de direito, e possuem validade para todos os povos, independentemente de haver alguma vinculação com certa ordem constitucional ou não.

Os direitos sexuais e reprodutivos sempre estiveram vinculados à ideia de empoderamento feminino, uma vez que os papéis de gênero foram construídos socialmente, e, através disso, desencadearam como consequência a desigualdade de gênero, discriminação, violência sexual e redução de direitos, o que significou menos oportunidades para as mulheres em relação aos homens.

A relevância social do tema se encontra no fato de que, apesar das mulheres possuírem um aparato legal para questões referentes à sexualidade, isso não produz total eficácia no plano da realidade. Além, é claro, de se deparar com leis que não garantem liberdade sobre o próprio corpo. Na elaboração desse texto foi de suma importância a leitura de artigos, livros, monografias e pesquisas relacionadas ao tema.

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos se consolidaram a partir do século XVIII no mesmo contexto da Revolução Francesa. Antes dos fatos e movimentos ocorridos na França, no século XVI, em 1517, ocorreu um movimento liderado por Martinho Lutero, na Alemanha, o qual tinha como objetivo questionar o poder exercido pela igreja católica e propor reformas a essa estrutura conservadora.

Población (2017, p. 11), define direitos humanos como:

Os direitos humanos são definidos como faculdades baseadas em princípios éticos consignados como instrumentos legais e são inerentes a todos os seres humanos sem discriminação; portanto, são universais e igualitários, não distinguem origem nacional ou étnica, sexo, idade, cultura, religião, idioma ou qualquer outra condição específica.

Os direitos sexuais e reprodutivos começaram a ser discutidos e positivados no âmbito de cada Estado em 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial, e, logo após, iniciou-se a sua internalização, pois, além dos Estados, a comunidade internacional também passou a assumir várias competências nessa mesma área. A responsável por garantir todo esse processo de fundação e consolidação de direitos e garantias foi a Organização das Nações Unidas (ONU) (CHICARINO, 2016).

A mesma, diante da necessidade de proteção internacional da mulher, elaborou institutos específicos que versam exclusivamente sobre as mulheres em relação ao seu desenvolvimento humano como direito. Primeiramente, no ano de 1949, foi criada a comissão sobre o status da mulher; em 1975, a década ONU foi estabelecida como o ano internacional da mulher no período entre 1976 a 1979, marcado principalmente como a convenção que tratava sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (ONU, 1979); adiante em 1993, surgiu a declaração e o programa de ação da convenção de Viena, a mesma versa sobre direitos humanos das mulheres e meninas; e, em 1994, foi estabelecida a convenção interamericana que visa prevenir, punir e erradicar todas as formas de violência contra a mulher (SOUSA; TAVARES; ROCHA, 2019).

A ONU inseriu um conjunto de ações em prol das mulheres com o intuito de garantir a liberdade sexual e acabar com a desigualdade de gênero. No mesmo ano, na China, foi realizada a IV conferência sobre a mulher, consagrada na plataforma de Pequim, a qual versava

sobre empoderamento e transversalidade feminina, de modo que as mulheres tenham o direito a condições de livre escolha para exercer os seus direitos.

Diante disso, o reconhecimento dos Direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos remetem à ideia de liberdade e autonomia sobre questões referentes ao próprio corpo. Bobbio (1997) e Giddens (1993), em suas obras tratam a liberdade como exercício da democracia e efetivação dos direitos humanos.

Os direitos sexuais e reprodutivos estão inteiramente ligados à concepção de liberdade positiva, para Bobbio (1997), essa liberdade positiva se refere ao exercício do indivíduo de uma vontade autodeterminada e não uma vontade heterodeterminada; Bobbio se refere a uma liberdade individual de cada cidadão, porque a partir do momento que ele consente com as leis do Estado, estas regularão as suas ações. Portanto, é uma liberdade de sujeitos autônomos, autodeterminados.

Quando se fala na questão de gênero e igualdade, para Giddens (1993), esse assunto pressupõe o pleno exercício da liberdade de cada indivíduo. Em relação à intimidade, como exercício da democracia, Giddens (1993, p. 125), afirma que “a sexualidade é um terreno de luta política fundamental e também um meio de emancipação”, designando a sexualidade como uma relação pura, sob o signo de uma sexualidade plástica.

A discussão sobre os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos, é debatido mundialmente. Conforme o parágrafo 96 da declaração e plataforma de ação de Pequim, os direitos humanos das mulheres estão relacionados à sexualidade como direitos a integridade física e respeito às liberdades.

A INCLUSÃO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os direitos sexuais e reprodutivos no ordenamento jurídico nacional não estão apenas relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas tutelados como direitos fundamentais e princípios expressos na Constituição Federal de 1988.

O princípio da igualdade está garantido no art. 5º da CF/88 (BRASIL, 1998), expresso da seguinte forma:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988).

Esse princípio garante que todos sejam tratados de forma igual, de modo que também possam organizar a sua vida sexual de acordo com os seus interesses. Porém, apesar dessa previsão legal, a realidade demonstra que a desigualdade entre homens e mulheres, inclusive reprodutiva, ainda pode ser vista em vários campos da sociedade.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda há uma violação da dignidade das mulheres, desde a discriminação que afronta o princípio da igualdade, como também por meio de violações corporais, que vão da violência física até a proibição de decidir questões individuais sobre o corpo.

Os direitos sexuais e reprodutivos possuem um vínculo com os paradigmas dos direitos humanos a partir da perspectiva feminina, relacionado com a reconstrução das leis no âmbito nacional, por meio de

um longo processo histórico. Esse processo, demonstra, por meio das normas jurídicas, as relações de controle da sociedade sobre o corpo da mulher, e revelam que ainda há discriminação, fato esse que deveria ter se extinguido com a CF/88 (BARBOZA; ALMEIDA JUNIOR, 2017).

Levando em consideração a multiplicidade dos sujeitos que atualmente demandam prerrogativas no campo da sexualidade, a sua aproximação com as leis se deu de forma tardia, visto que atualmente os direitos sexuais e reprodutivos apesar de um grande avanço legislativo, ainda não coincidem totalmente com a perspectiva feminista (COSTA, 2016).

Os direitos humanos das mulheres tiveram uma evolução expressiva no final do século XX. Em decorrência desse fato, a conceituação de saúde da mulher variou em saúde sexual e saúde reprodutiva, ocasionando assim a posterior legitimação no ordenamento jurídico da categoria dos direitos sexuais e reprodutivos.

A atual Constituição Federal de 1988 estabeleceu diversas garantias no âmbito da reprodução humana, que são contempladas em vários campos do Direito (civil, penal, trabalhista e saúde) entre outros, formando um sistema especial de proteção à mulher.

A inclusão dos direitos sexuais e reprodutivos na legislação nacional se deu dentro de um contexto sociopolítico que se apresenta através de dois marcos: O primeiro ocorreu com a criação do Programa Integral à Saúde da Mulher (PAISM), em 1984 no Brasil pré-democrata; O segundo foi através da Lei do Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/96), extremamente ligada às premissas da Constituição Federal de 1988 (SOARES, 2018).

O posicionamento feminista foi um dos grandes fatores para as conquistas na área da saúde da mulher, principalmente os movimentos da década de 70, marcado por lemas feministas que tratavam sobre a autonomia do corpo, liberdade e privacidade.

Percebe-se, portanto, que os direitos sexuais e reprodutivos estão inteiramente relacionados aos direitos humanos, visto que se consolidaram na última década do século XX, e a partir daí surgiram os direitos humanos das mulheres que tratam sobre autonomia e contracepção.

O segundo marco foi a Lei do Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/96). O planejamento familiar é previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226, § 7º, é pautado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e paternidade responsável. Essa previsão permite ao indivíduo a escolha da construção ou não de uma família (BRASIL, 1988).

A Lei do Planejamento Familiar representou de modo explícito, a inserção dos direitos sexuais e produtivos no ordenamento jurídico. Visto que, em seu inteiro teor, a referida lei garante o acesso aos serviços de saúde reprodutiva, incluindo métodos de contracepção e procedimentos de esterilização (SOARES, 2018).

O planejamento familiar pode ser conceituado como um conjunto de ações que auxiliam mulheres e homens a planejar a constituição ou não de uma família, ao qual é assegurado pelo Estado em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana e do exercício da cidadania.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988, garante expressamente a liberdade em relação ao planejamento familiar e recepciona a lei nº 9.263/96, devendo desta forma, o Estado propiciar recursos para o exercício desse direito, bem como vedar qualquer tipo de coerção por parte das entidades públicas ou privadas.

DIREITO À LAQUEADURA E A LIBERDADE DE ESCOLHA DA MULHER FACE AOS CRITÉRIOS EXIGIDOS PELA LEI DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Atualmente no Brasil, mesmo depois de decorrido mais de 25 anos da atualização da lei que regula o planejamento familiar, a mulher ainda precisa obedecer a diversos critérios impostos pela mesma para realização de tal procedimento. Além, claro, de necessitar da assinatura e autorização do respectivo cônjuge para adquirir o direito de realizar uma laqueadura, mesmo que a vontade parta somente da mesma.

A lei nº 9.263/96 (Lei do Planejamento Familiar) em seu art. 10, inciso I autoriza a esterilização cirúrgica voluntária desde que obedecidos os critérios estabelecidos em seu dispositivo, senão vejamos:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I - Em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce; (BRASIL, 1996).

Neste primeiro inciso, a lei impõe a idade mínima de 25 anos ou, pelo menos, dois filhos vivos para que seja realizada a esterilização voluntária. Porém, tal exigência não faz o menor sentido, visto que todos os cidadãos se encontram aptos e habilitados a praticar plenamente todos os atos da vida cível aos 18 anos de idade de acordo com o art. 5º do Código Civil (BRASIL, 2002). Outro ponto é a quantidade mínima de filhos, que também é incabível, visto que pode haver situações em

que o casal além de serem menores de 25 anos, podem não ter dois filhos vivos porque assim não desejam.

Durante o processo legislativo de criação da lei, na época a fixação da maioridade civil para a realização da esterilização era de 21 anos, mas por maioria dos votos prevaleceu a idade mínima de 25 anos, já que o legislador tinha o receio de que com a fixação da idade mínima de 21 anos houvesse um aumento significativo de esterilizações em mulheres muitos jovens, e conseqüentemente, um alto índice de arrependimento após a realização do procedimento (VENTURA, 2009).

Quanto ao fato de a necessidade de equipe multidisciplinar observar o prazo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico para aconselhar o casal, esse requisito que visa ao desencorajamento da esterilização precoce, viola claramente o princípio da liberdade, já que essa escolha não causa danos a outrem, então não deve o Estado impor um comportamento de limitação da prole.

Esse período de 60 (sessenta) dias que a lei impõe para que o casal pense a respeito da decisão e se realmente é isso que desejam, de acordo com Bôas (2018), ofende diretamente o ordenamento jurídico, visto que a autonomia da vontade não está sendo respeitada, pois se uma pessoa procura um médico com o objetivo de realizar uma esterilização, é porque já pensou sobre isso. Não cabe ao Estado intervir nesse ponto, pois o acompanhamento pelo mesmo durante esse período de reflexão é invasivo, visto que essa oferta deveria ser feita na fase inicial da vida sexual e não quando já se encontra determinada a realizar a esterilização.

Vale lembrar que os direitos reprodutivos são formados por normas e princípios de direitos humanos que garantem a todos os indivíduos o exercício livre e responsável de tudo voltado à reprodução humana. Estes constituem um direito subjetivo que toda pessoa deve ter em decidir sobre o planejamento familiar e, além disso, ter acesso

de qualidade aos meios necessários para que esses direitos sejam livremente exercidos partindo da autonomia reprodutiva, sem sofrer qualquer tipo de discriminação, violência ou coerção de qualquer meio ou natureza (VENTURA, 2009).

Em seu inciso II, ainda do art. 10, a lei também permite a laqueadura nos casos de: [...] “II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos” (BRASIL, 2019).

Neste inciso, o Estado dispõe sobre o direito à vida e a saúde da mulher, condicionando a laqueadura aos riscos que uma cirurgia pode ocasionar, mas desconsiderado que no caso de uma cirurgia de emergência a mulher tenha que aguardar mesmo com risco de vida o relatório testemunhado e assinado por dois médicos para que tenha o direito à esterilização.

O parágrafo segundo afirma que: [...] “§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores” (BRASIL, 1996). Esse parágrafo infringe o artigo 5º, caput, da constituição federal de 1988, pois dificulta que a mulher realize a laqueadura, ferindo o princípio da isonomia visto que dessa forma a mulher está em desigualdade em comparação ao homem, ferindo dessa forma a sua dignidade e impedindo que ela tome uma decisão durante o parto ou após sofrer um aborto (BRASIL, 1996).

Logo, tal vedação ao afirmar que a mulher nos períodos de parto e aborto não possui capacidade para decidir se deseja realizar uma laqueadura, trata de tal forma, ainda que transitória, a mulher como sujeito absolutamente incapaz, ferindo a sua liberdade de escolha e isonomia.

Quanto ao parágrafo §4º da lei, veda qualquer outra esterilização cirúrgica como método contraceptivo se feita através da histerectomia e oforectomia. Senão, vejamos:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

[...]

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e oforectomia (BRASIL, 1996).

O parágrafo 5º do mesmo artigo prevê que: [...] “§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges” (BRASIL, 1996). Esse dispositivo desrespeita expressamente a autonomia da vontade individual, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, pelo fato dessa ser uma decisão pessoal, não devendo se sujeitar à vontade de terceiros, mesmo que esse seja o próprio cônjuge.

A respeito da necessidade de autorização do cônjuge, Ventura (2009, p. 22) afirma que:

[...] A imposição legal fere a autodeterminação da pessoa casada em relação ao seu próprio corpo, e, em especial, cria maiores obstáculos para as mulheres, considerando as desigualdades nas relações de gênero, e os riscos de falhas do método reversível, que pode resultar em gravidez indesejada, em um contexto legal que o aborto voluntário é proibido. Se o objetivo da lei era de que o parceiro []casasse ciente da não possibilidade reprodutiva do outro, bastava incluir a obrigação de informar ou dar ciência formal a este no momento da intervenção educativa.

Logo, o consentimento cabe única e exclusivamente ao paciente que deseja realizar o procedimento, sem que qualquer terceiro tenha o direito de interferir na autonomia individual e impedir que a cirurgia seja realizada. Desta forma, ao ler o dispositivo, percebe-se um injusti-

ficável paternalismo do Estado ao partir da premissa que menores de 25 anos, ainda que capazes, ou sem no mínimo dois filhos vivos sejam incapazes de decidir de forma autônoma e sem a expressa concordância do cônjuge sobre a sua própria vida reprodutiva.

Miranda (1979, p. 243) no seu livro *A democracia e a liberdade como o caminho mais viável para se alcançar a igualdade*, afirma que: “ser livre significa não ser sujeito a outrem [...]”. Ou seja, a democracia deve assegurar as liberdades individuais para decidir livremente sobre questões envolvendo a autonomia privada sem a interferência de um terceiro, mesmo que no caso, se trate do cônjuge.

De acordo com o que o texto da lei propõe, há igualdade de gênero em relação à esterilização entre homens e mulheres. No entanto, na realidade não é bem assim que acontece, o homem tem muito mais facilidade em realizar uma vasectomia, enquanto a mulher necessita obedecer a critérios a mais que o homem, que não abrem muita margem para a sua liberdade de escolha, e quando a faz, se deparam com médicos que se recusam a realizar tal procedimento.

Assim, são várias as dificuldades encontradas pelas mulheres que optam pela laqueadura, dentre elas o difícil acesso do procedimento pelo SUS, a ausência de médicos, a enorme burocracia imposta pela lei e exigida pelo SUS, médicos que não querem realizar o procedimento alegando que a paciente pode se *arrepender* do procedimento, a mulher não possuir o número mínimo de filhos e nem a idade mínima ou não ter um respectivo cônjuge para assinar a permissão (BERQUÓ E CACENAGUI, 2003).

A liberdade de não procriar por mulheres não-mães, não é defendida e protegida, pois trata-se de uma das mais importantes decisões na vida de uma mulher. A escolha do momento certo, época apropriada, quantidade de filhos, forma que deseja realizar o parto, varia de mulher para mulher, cada uma sabe o momento exato para tomar suas decisões, não cabendo ao Estado interferir nessa escolha.

Por conseguinte, mesmo que, em algumas hipóteses, sejam permitidas a esterilização como método contraceptivo definitivo, ainda sim existe uma grande dificuldade para que as mulheres tenham o pleno acesso a esse método, seja por questões religiosas ou sociais que trazem ainda hoje o pensamento enraizado de que para a mulher ser feliz, precisa ser mãe. E mesmo com essa previsão, os casos aprovados e previstos não incluem mulheres jovens que desde cedo não desejam ter filhos.

A HERMENÊUTICA COMO INSTRUMENTO DE INTERPRETAÇÃO EM PROL DA AUTONOMIA FEMININA NA ESCOLHA DOS MÉTODOS CONTRACEPTIVOS

Em matéria de direitos sexuais e reprodutivos, a sociedade ainda tem muito a construir e desconstruir sobre alguns paradigmas sociais, a fim de que seja garantido e ofertado a todas as mulheres, o acesso à informação de todos os métodos contraceptivos e a sua autonomia para escolhê-los. Além disso, mostra-se muito revoltante o fato de que existem previsões de leis que se comprometem a garantir determinados direitos, mas, na prática, repetem os mesmos ciclos antigos, afastando a autonomia, empoderamento, isonomia e liberdade de escolha da mulher sobre decisões que envolvem o seu próprio corpo.

Neste sentido, podemos observar que até os dias atuais, o direito e as interpretações sobre este tema ainda são concebidos sob uma ótica sexista e machista, uma vez que em seus desdobramentos, acaba por dificultar que as mulheres possuam sua autonomia em relação aos seus direitos e possam, de fato, exercer sua cidadania completa. Por este motivo, além da conjuntura que envolve as legislações excludentes, quando existem discussões e argumentos jurídicos que en-

volem os direitos femininos, na maioria das vezes, não são mulheres que fomentam o debate ou possuem qualquer poder decisório, o que resulta em decisões e interpretações realizadas apenas por homens (TOMAZONI E BARBOZA, 2019).

A mulher acaba por ser dominada, não só no contexto social, mas também no contexto jurídico. Seus interesses são submetidos aos interesses de outros sujeitos que possuem o poder de decidir o que deverá ser seguido e feito ou não por elas, enquanto estas perdem de forma constante sua identidade, submetendo-se às vontades que lhes dominam (SAFFIOTI, 2019).

Por este motivo, apresenta-se a relevância de uma interpretação em prol das mulheres. No contexto da hermenêutica constitucional feminista, há a crescente necessidade de que se interpretem leis, direitos fundamentais e afins de modo que os direitos das mulheres, bem como sua autonomia sejam respeitados e levados em consideração, no sentido de que as mulheres finalmente tenham vez e voz para reivindicar seus direitos e não mais estejam subjugadas aos interesses masculinos.

Vale salientar que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, existem entendimentos no sentido de validar as escolhas femininas e atribuir as mulheres a autonomia de decidirem sobre seus projetos de vida, maternidade, trabalho e afins, em face dos princípios da igualdade, isonomia e autonomia, que no que concerne às mulheres, devem estar diretamente ligados à liberdade feminina. Senão, vejamos:

A autonomia expressa a autodeterminação das pessoas, isto é, o direito de fazerem suas escolhas existenciais básicas e de tomarem as próprias decisões morais a propósito do rumo de sua vida. Todo indivíduo – homem ou mulher – tem assegurado um espaço legítimo de privacidade dentro do qual lhe caberá viver seus valores, interesses e desejos. Neste espaço, o Estado e a sociedade não têm o direito de interferir. Quando se trata de uma mulher, um aspecto central de sua autonomia é o poder de

controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas, inclusive a de cessar ou não uma gravidez (BRASIL, 2016).

Atualmente tramita no Supremo Tribunal Federal (STF) duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) de nº 5097 e nº 5911, e possuem a finalidade de declarar a inconstitucionalidade de alguns artigos da lei do planejamento familiar, que atualmente são interpretados de forma que não garantem a autonomia da mulher sobre o próprio corpo.

Os argumentos que se destacam sobre a inconstitucionalidade de dispositivos da lei do planejamento familiar se dão em face da violação de princípios como dignidade da pessoa humana, liberdade, autonomia privada, igualdade, entre outros, tendo em vista que influencia diretamente nos direitos sexuais reprodutivos dos indivíduos os deixando a mercê dos interesses estatais.

Assim sendo, faz-se necessário salientar que o Estado deve implementar políticas públicas que sejam aliadas ao planejamento familiar, mas que este não deve se sobrepor sobre a autonomia individual de cada sujeito, muito menos sobre sua dignidade. Evidencia-se, ainda, a importância da hermenêutica jurídica constitucional feminista diante das decisões que buscam interpretar direitos inerentes às mulheres, tendo em vista a construção patriarcal e sexista da sociedade que retira destas a possibilidade de tomarem controle sobre suas próprias vidas e planos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, vê-se que o reconhecimento formal dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres tanto no âmbito internacional, como jurídico brasileiro, se deu de uma contínua construção

histórica marcada por diversas conquistas dos movimentos feministas das mulheres ao longo do tempo.

Ressalta-se que, apesar da concepção dos direitos sexuais e reprodutivos terem se consolidado no âmbito normativo nacional e internacional, ainda há dificuldades na formulação e implementação de algumas leis e políticas públicas voltadas a saúde reprodutiva, visto que a inércia do legislador na interpretação do texto jurídico, não garantem, como deveria, uma margem de escolha para que as mulheres tenham maior conhecimento na adoção dos métodos contraceptivos.

Ao analisar a lei nº 9.263/96, nota-se que o Estado prefere a fertilidade à infertilidade. Porém resta contraditório o fato de que, o Sistema Jurídico Brasileiro criminaliza o aborto, mas quando uma mulher deseja realizar uma laqueadura para não ter um filho indesejado, o Estado exige o cumprimento de diversos critérios. Esses critérios quando não atendidos, implicam na não realização do procedimento cirúrgico, e se em consequência disso, a mulher engravidar de forma indesejada, ela é proibida pelo próprio Estado de abortar.

A Lei do Planejamento Familiar, mesmo após vinte e cinco anos de vigência, ainda não acompanhou as transformações da sociedade, restando alguns parágrafos inconstitucionais e não atendendo a necessidade atual de uma maior flexibilização da lei na autonomia da mulher para a escolha da laqueadura, devendo essa escolha estar livre de critérios que demonstram certo paternalismo do Estado, que parte da premissa de que mulheres menores de vinte e cinco anos não possuem capacidade de decidir livremente sobre a sua própria vida reprodutiva.

A mera positivação dos direitos das mulheres, não é uma plena garantia da sua efetivação. Ainda é necessário expandir o debate sobre os direitos das mulheres para que seja garantida uma liberdade de escolha muito maior envolvendo o seu próprio corpo.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA GERAL DA ONU. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW)**. 18 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>. Acesso em: 18 dez. 2020.

BARBOZA, Heloisa Helena Gomes; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. (Des)Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher. **Pensar, Fortaleza**, v. 22, n. 1, p. 240-271, jan./abr. 2017. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:LU_ct31CnOIJ:https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/5409/pdf+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 17 dez. 2020.

BERQUÓ, Elza; CAVENAGHI, Suzana. Direitos reprodutivos de mulheres e homens face à nova legislação brasileira sobre esterilização voluntária. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 19, sup. 2, p. 441-453, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csp/2003.v19suppl2/S441-S453/pt/>. Acesso em: 17 dez. 2020.

BÔAS, Renata Malta Vilas. Da inconstitucionalidade da Lei do Planejamento Familiar: Lei nº 9.263 de 1996. **Estado de Direito**, online, 17 abr. 2018. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/lei-do-planejamento-familiar/>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 124.306**. Paciente: Edilson dos Santos e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020.

CHICARINO, Tathiana. **Educação em direitos humanos**. São Paulo: Pearson Education do Brasil Ltda, 2016. Disponível em: <https://bv4.digitalpages.com.br/?term=direitos%2520humanos%2520&searchpage=1&filtro=to->

dos&from=busca&page=-7§ion=0#/legacy/129399. Acesso em: 19 dez. 2020.

COSTA, Lúcia Helena Rodrigues *et al.* Gênero no contexto dos direitos sexuais e reprodutivos de mulheres privadas de liberdade. **Enfermería Global**, n. 43, p. 151-163, jul. 2016. Disponível em: http://scielo.isciii.es/pdf/eg/v15n43/pt_docencia1.pdf. Acesso em: 29 dez. 2020.

GIDDENS, A. **A transformação da intimidade**: sexualidade, amor & erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Unesp, 1993.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

POBLACIÓN, Fondo de. **Derechos sexuales y derechos reproductivos, los mas humanos de los derechos**. La Paz- Bolívia: Presencia, 2017. 64 p. Disponível em: <https://bolivia.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/derechos-Los-mas-humanos-de-los-derechos.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2020.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Violência de Gênero: o lugar da práxis na construção da subjetividade. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de. (org.). **Pensamento Feminista**: Conceitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 139-161.

SOARES, Leticia Pavei. **Esterilização da mulher e direitos reprodutivos**: análise das políticas públicas de contracepção à luz da lei nº 9.263/96 diante da autonomia do corpo. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/6922/1/LET%C3%8DZIA%20PAVEI%20SOARES.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2020.

SOUSA, Maria Eliane Alves; TAVARES, Maria de Fátima Lobato; ROCHA, Rosa Maria da. Dimensões dos direitos fundamentais no Plano Nacional de Políticas para Mulheres. 2019. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/525/589>. Acesso em: 19 dez. 2020.

TOMAZONI, Larissa; BARBOZA, Estefânia. Interpretação constitucional feminista e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: NOWAK, Bruna (org.), **Constitucionalismo feminista**. Bahia: Juspodivm, 2019. p. 239 – 252.

VENTURA, Mirian (Org.). Pontos de contato constitucionais entre Estado e Instituições Religiosas. In: BATISTA, SOUSA, Maria Eliane Alves; TAVARES, Maria de Fátima Lobato; ROCHA, Rosa Maria da. **Dimensões dos direitos fundamentais no plano nacional de políticas para mulheres**. 2019. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/525/589>. Acesso em: 20 dez. 2020.

5

Mariana Moreira Batista Sátiro
Ihasmin Severo Delmondes

**A influência
dos movimentos
cinematográficos
na mudança de paradigma
da representação
e imaginário da figura
da mulher na sociedade**

RESUMO

Diante da ideia de representação e imaginário social, busca-se, por meio de pesquisa bibliográfica, e utilizando-se do método dedutivo, explorar como os movimentos cinematográficos dos anos 60 utilizam uma liberdade criativa maior. Desta forma, destacando em especial a *Nouvelle Vague*, ocorrida na França, a *New Wave* que se inicia nos Estados Unidos juntamente com o Cinema Novo no Brasil, foram fundamentais ao ajudar o movimento feminista na construção de um novo imaginário social para mulher que até então ainda se mostrava nas telas de cinema como mero adereço do protagonista masculino. Dado início a era cinematográfica sessentista, a representação da figura feminina tornou-se completamente oposta ao que era comumente visto antes, passando a encabeçar personagens profundos e fundamentais às tramas e que antes de tudo, viam-se inteiramente independentes dos personagens masculinos, criando assim arcos próprios e obrigatórios para a obra. Abrange-se também brevemente o surgimento do movimento dentro do cenário da época bem como seu contexto histórico que envolvem a contracultura e apreço pela liberdade sexual, além da motivação dos artistas da época que sempre se viam limitados pelo corporativismo dos grandes estúdios. Adicionalmente, discute-se como a quebra de paradigma no âmbito das artes foi responsável por mudar o pensamento patriarcal que sobrevoava toda a sociedade, em especial a indústria cinematográfica ainda tão conservadora na época.

Palavras-chave: Representação. Imaginário. Cinema. Mulher. Feminismo.

INTRODUÇÃO

Quando se pensa em hermenêutica, o discurso que se cria de maneira inicial é básico e simplista, figurando-a como a mera ideia de interpretar. A hermenêutica no momento em que é levada para o cotidiano firma-se como objeto de percepção de desenvolvimento das estruturas sociais. Se utilizada junto com a simples ação de ver um filme a mesma se constrói de modo que se torna palpável, consegue-se aqui encontrar os pontos em que a hermenêutica se projeta socialmente para além da ideia de interpretação, consolidando-se como instituição responsável por instaurar democracia acima de tudo.

Usando a ideia da hermenêutica de representativo e imaginário pode-se observar que a mídia cinematográfica é capaz de exibir representações e significações que as pessoas têm da própria realidade. As imagens reproduzidas envolvem muito mais que apenas meras cenas, pois, auxiliam, através da educação visual, a forma estética e política que será construída e reconstruída na relação do indivíduo consigo e com a sociedade.

Diante disso, verifica-se que o cinema é uma obra de arte coletiva e de construção social, sendo, portanto, entendido como um instrumento pedagógico que pode transmitir aspectos relativos a valores, crenças e ideologias, tendo em vista que pode apresentar-se como uma verdadeira representação da realidade criando um imaginário mais livre de preconceitos e mais construído de diversidade.

Por isso, é preciso compreender que o cinema se apresenta por meio de uma linguagem profundamente rica, fruto da articulação de códigos, imagens, sons e movimentos, tendo ao seu dispor infinitas possibilidades de produzir significados, pois consiste em um meio de socialização capaz de fazer os indivíduos se questionarem, refletirem sobre suas ações, além de possibilitar conhecerem e com-

preenderem novos conceitos, tornando-se um mecanismo importante na construção sociocultural da sua própria imagem e da forma em que este vê o outro.

Além de se consolidar como tal mecanismo é uma das inovações da modernidade, o cinema também tornou-se um meio de circulação e difusão de novas experiências e valores culturais, possibilitando a quebra de diversos paradigmas, pois as aprendizagens derivadas dos filmes compõem um arsenal simbólico de representações que acabam por influenciar a opinião pública.

A partir dessa ideia, o cinema pode funcionar como um meio de representação da imagem da mulher, o que acaba sendo por muitas vezes a representação de uma imagem estereotipada, resultante de uma opressão, que comumente transforma a mulher em objeto, nulificando-a como sujeito de direito, restringindo o seu papel social.

Diante do exposto, esse trabalho pretende demonstrar a noção de cinema como um instrumento capaz de construir e modificar o ideal de representação da figura da mulher na sociedade, analisando como as representações do feminino nos filmes podem influenciar o imaginário coletivo de forma positiva.

Ainda nesse mesmo sentido, busca-se salientar como os movimentos cinematográficos ocorridos nas décadas de 60 e 70 foram essenciais para tal modificação do paradigma patriarcal que era aplicada à imagem da mulher na sociedade, tendo em vista a existência de um imaginário social machista fomentado por comportamentos sexistas e violentos presentes em uma ordem simbólica que colocava a mulher em diversas situações vexatórias nas quais era silenciada e não produzia qualquer significado se não o de mero objeto.

REPRESENTAÇÃO E IMAGINÁRIO

Inicialmente é necessário compreender o conceito de cultura e tecer algumas considerações a respeito da temática, tendo em vista os diferentes significados e mudanças que esse conceito tem sofrido ao longo do tempo. Nesse contexto, é fundamental asseverar que os estudos sobre a cultura são complexos e interdisciplinares, pois compreender a cultura consiste em observar e estar atento às diferentes formas de dizer a realidade.

Pesavento (2006) define cultura como um conjunto de símbolos partilhados, construídos a partir da produção social e histórica expressa nos valores, objetos, crenças, práticas e modos de ser dos indivíduos. A cultura, portanto, é uma forma de fazer uma leitura da realidade que se apresenta de forma simbólica, ou seja, admite-se que os sentidos conferidos às palavras, aos agentes sociais e às ações constituem elementos cifrados, dotados de significação e valoração, sendo a tradução do mundo em símbolos e não o reflexo da realidade.

Assim, analisar a cultura também consiste na necessidade de se observar como os símbolos se movem dentro dos grupos, camadas e classes sociais, permitindo reconfigurações e transfigurações de seus significados e valores, haja vista que os “valores culturais traduzidos em ideais e imagens, viajam no tempo e no espaço” (PESAVENTO, 2006, p. 49). Traços culturais movem-se, permitindo a sua reconfiguração contínua, a partir da análise dos valores sociais que perpassam o tecido social, atribuindo novas configurações de sentido.

Destaca-se ainda, que os Estudos Culturais trazem uma perspectiva ampliada do conceito de Cultura, buscando observar como as diversas práticas culturais produzem representações e identidades que são construídas com base na subjetividade dos sujeitos, em que, as representações são utilizadas para estabelecer significados por meio da linguagem.

Diante disso, é necessário pensar a cultura como um conjunto de significados partilhados e construídos pelo homem para explicar o mundo. Nesse ponto, é de suma importância analisar outro conceito para a compreensão de cultura, que diz respeito às representações.

A representação social localiza-se na relação existente entre a sociologia e a psicologia social, sendo fruto do conceito de representações coletivas de Durkheim, possuindo um caráter ativo de produção de comportamentos (MOSCOVICI, 1978), visando modificá-los e não apenas reproduzi-los. Ela busca, por meio de elementos conhecidos, preencher as lacunas e dissonâncias existentes em outros campos. Desta forma, as representações sociais não buscam somente a compreensão do mundo como achamos que é ou deve ser, também demonstra o distanciamento entre a representação e o real, diante das diversas modificações do conhecimento e do mundo (SERBENA, 2003).

As representações, de forma simplificada constituem “presen-tificações de uma ausência, onde o representante e o representado guardam entre si relações de aproximação e distanciamento” (PESA-VENTO, 2006, p. 50). O ato de representar, portanto, trata-se de um conjunto de símbolos que se colocam no lugar do real e se traduzem em imagens e práticas sociais que não só permitem uma compreensão do mundo, mas também permite uma análise orientadora sobre a percepção da realidade.

Entende-se, portanto, que a representação consiste no significado atribuído ao que é representado e estes significados são determinados pela linguagem, pelo discurso e pela cultura. Haja vista, que indivíduos que vivem inseridos em uma determinada cultura compartilhem entre si visões, princípios e interesses semelhantes. Dentro desse contexto, às identidades são atribuídas por meio da linguagem, dos sentidos e dos significados dos sistemas simbólicos presentes nessa estrutura. Ou seja, a cultura molda a identidade; e a identidade trata-se de uma construção simbólica representada histórica e socialmente (BARBOSA, 2009).

Por isso, é necessário compreender as representações, tendo em vista que se trata da ação humana de representar o mundo pelas imagens, sons e gestos. Nesse sentido, a representação se caracteriza:

[...] pela ambiguidade, de ser e não ser, a coisa representada, compondo um enigma ou desafio que encontrou na sua correta tradução imagética na blague pictórica do surrealista René Magritte, com suas telas “Isto não é um cachimbo” ou “Isto não é uma maçã” (PESAVENTO, 2006, p. 49).

Pode-se afirmar, a partir do exposto, que as representações não constituem proposições falsas ou verdadeiras, mas trata-se de estáveis ou mutáveis, reativas e difusas, que possuem uma tônica e estereótipos incorporados de forma sólida dentro do espaço que são socialmente construídas (LEFEVBRE, 1983). Dessa forma, as representações não podem ser simplificadas ao seu meio linguístico, nem aos seus suportes sociais e tecnológicos, tendo em vista tratar-se de produtos intermediários entre o que está sendo vivenciado incertamente e o que é criado de forma elaborada, guardando entre si conteúdos e formas construídas pelas relações sociais.

Entretanto, Freud (1995) já tratava que a reprodução da percepção na representação nem sempre significaria o reflexo fiel daquela, tendo em vista que a representação poderia modificar significativamente a percepção, seja pela omissão ou pela combinação de elementos, isso porque a representação de algo se trata da relação de um conjunto de imagens diretas memoráveis da coisa e pelos traços memoráveis mais afastados, derivados dela.

Portanto, as representações não podem ser classificadas como concebidas de forma passiva, pois se constituem de formas e em momentos diversos, que ganham colocações, alterações e transformações historicamente determinadas, não sendo, por fim, redutíveis ao objeto externo, assim como não podem ser resumidas em produto imediato da memória ou a tradução simulada da experiência.

A representação possui um caráter construtivo e autônomo que comporta a percepção/interpretação/reconstrução do objeto e a expressão do sujeito. A representação é uma criação, por isso, plena de historicidade no seu movimento de enunciar ou revelar pelo discurso e pela imagem o movimento do mundo (Barbosa, 2000, p. 73).

O ponto de referência das representações é sempre o real. Na busca de se compreender o mundo, surge o imaginário, que consiste no conjunto de ideias e imagens que visam expressar o pensamento de forma coletiva, a fim de atribuir significação às coisas, por meio da apropriação e transformações que se dá ao mundo ao longo da história (PESAVENTO, 2006). “O imaginário é formado pelas imagens, símbolos, sonhos, aspirações, mitos e fantasias, muitas vezes pré-racionais e com forte conotação afetiva que existem e circulam nos grupos sociais” (SERBENA, 2003, p. 3).

Assim, os símbolos e mitos tornam-se receptores das projeções dos medos, interesses e aspirações, modelando comportamentos, condutas e formas de ver o mundo, desde que partilhados por pessoas de forma conjunta, criando uma comunidade de sentido que solidifica determinada visão de mundo, sendo também o imaginário uma forma de enfrentamento político extremamente importante nos momentos de mudanças sociais, formando novas identidades coletivas (SERBENA, 2003).

Parece não haver dúvidas acerca da importância da fantasia e das imagens no mundo social. A necessidade de compreensão desse universo é importante por proporcionar o entendimento do imaginário na vida coletiva e no exercício do poder (BACKSO, 1985). Pois, o imaginário possui uma função social e apresenta os aspectos políticos na luta ideológica, tendo em vista que as sociedades definem suas identidades, sua forma de organização, assim como define também os seus inimigos. Nesse contexto, o imaginário social é constituído e expresso por símbolos, utopias, ideologias, alegorias, rituais e mitos (CARVALHO, 1987)

A apropriação dos símbolos e uma conseqüente configuração do imaginário a partir de um objetivo específico visa favorecer os interesses de determinados grupos sociais, a fim de reforçar por meio do *poder simbólicas* a dominação efetiva e dar ensejo à existência de uma violência simbólica, que se configura na crença da legitimidade daqueles que exercem o poder dentro dos grupos sociais dominantes (BOURDIEU, 1974).

Com isso, representação e imaginário mostram-se como formas de designação de um modo pelo qual em diversos locais e momentos uma determinada realidade é construída, pensada e lida por diferentes grupos sociais. Com isso, algo que se vê e se é apresentado como realidade precisa ser devidamente analisado, avaliado e refletido antes de ser apresentado socialmente como verdade para que aí sim depois de estudos completos saber se de fato a aparência apresentada corresponde com o *real*.

A partir dessa ideia, incrementa-se a este pensamento a noção de cinema como instrumento na construção e manutenção do ideal de representação e imaginário da figura da mulher na sociedade, analisando a forma como as representações influenciam diretamente no imaginário das pessoas. Sob esta ótica busca-se concluir como os movimentos cinematográficos, em destaque os vivenciados entre as décadas de 60 e 70, com a *Nouvelle Vague* e a *New Wave* hollywoodiana, foram essenciais para a mutação do paradigma patriarcal constante em que era aplicada a representação da imagem da mulher na sociedade.

O que repercutia em um imaginário social igualmente machista fomentando comportamentos sexistas e violentos que reverberam para além das salas de cinema. Para tanto, a mudança na arte foi elementar para metamorfose social que solidifica ainda hoje os direitos da mulher.

OS MOVIMENTOS CINEMATOGRAFICOS SESSENTISTAS

Após a Segunda Guerra Mundial, a comunidade artística da Europa encontrava-se em ebulição. Depois de um longo período de censura devido os impactos causados pela repressão nazista, as artes entraram em verdadeiro frenesi. No cinema não foi diferente, o Neorealismo italiano, trouxe para as telas grandes obras que buscavam antes de tudo retratar os problemas sociais vividos na época, principalmente pelos grupos marginalizados. Os sobreviventes dos anos de 1939 a 1945 agora eram protagonistas de histórias emocionantes e cheias de humanidade.

A exemplo disso pode-se mencionar a obra *Ladrões de Bicicleta* (1948) dirigida pelo italiano Vittorio De Sica. Filme marcante do movimento Neorrealista italiano, a figura intimista de um pai em sua jornada junto ao filho em meio ao caos social da época causa um verdadeiro choque e impressionam o telespectador com temas como pobreza e desemprego. A imagem deixada na tela reflete vividamente os efeitos de um país devastado pelo fascismo. A experiência de ir ao cinema, desta maneira, ganha um significado mais simbólico quando se deparam com retratos tão fiéis, à arte e à realidade unem-se.

Os retratos cotidianos e rotineiros eram o marco para os roteiristas e diretores italianos construírem seus filmes. Adicionando a vida comum problemas sociais clássicos como pobreza e violência o movimento inaugura a construção de filmes baseados no dia a dia de maneira crítica que inflama no telespectador a necessidade de justiça social. Nesse período, o roteirista Cesare Zavattini convocou a comunidade cinematográfica a ir às ruas e em suas palavras, escritas em seu diário de guerra *Diário di cinema e di vita* disse “Montemos a câmera na rua, num quarto, observemos com paciência insaciável, treinemo-nos

para contemplar nossos semelhantes em seus gestos mais simples” (ZAVATTINI apud SIEGA, 2013).

Fundado nos ideais simples e cotidianos e na necessidade de transmitir uma mensagem social do Neorealismo italiano alguns anos depois, a *Nouvelle Vague* ou Nova Onda, considerado até hoje um dos maiores movimentos da história do cinema, surge na França em 1958. Completamente contrário à estética comercial trazida por Hollywood na época, a *Nouvelle Vague* contemplou todas as esferas da sétima arte e inovou ao simplificar e humanizar as produções da época.

Desta forma, ela consagrou-se como o cinema dos intelectuais, nada influenciou mais o cinema como a *Nouvelle Vague*. Contava com os princípios de que para se fazer cinema não havia necessidade de grandes estúdios e megaproduções, bastava-se que se houvesse uma história boa a ser contada, com sentimentos e emoções verdadeiras que se passassem em ruas e esquinas, locais cotidianos e rotineiros da cidade e demonstrando situações de cunho social relevante. Trouxe o ideal de cinema do autor, no qual os filmes eram intimistas, de baixo orçamento e tinham no diretor o autor da obra.

Esta nova estética não agrada os grandes estúdios, responsáveis pela maioria das produções de sucesso da época. O cinema independente passa a ser visto como algo subversivo, um grito de revolução, o surgimento de uma contracultura no mundo da sétima arte. Trazer para um entretenimento até então, tão elitista histórias corriqueiras e socialmente relevantes foi o estopim para consagração do cinema como uma arte que também pode ser do povo, humana, o retrato mais fiel do que se existe no mundo desde o belo ao mais escatológico do que se produz pelo indivíduo.

A partir de então, o movimento se consagra ao trazer a imagem da mulher uma nova roupagem do que se costumava apresentar na época. Além de ganhar papéis centrais, diálogos complexos com

questionamentos sobre a vida, existência, matéria, natureza, ela passou a ter uma liberdade sexual nunca demonstrada antes em telas e um desprendimento de personagens masculinos louváveis até hoje. Doravante, transpõe-se para as telas de cinemas mulheres reais, com conflitos reais e vidas que condizem com a natureza de suas essências, o cinema expõe ali mulheres como mulheres focadas em existir para si mesmas, independentes de maneirismos retrógrados. Com isso, vê-se que:

A representação serve como um termo operacional no seio de um processo político que busca estender visibilidade e legitimidade às mulheres como sujeitos políticos; por outro lado, a representação é a função normativa de uma linguagem que revelaria ou distorceria o que é tido como verdadeiro sobre a categoria das mulheres (BUTLER, 2003, p. 18).

As conquistas do movimento cinematográfico da nova onda francesa para o movimento feminista vão para além da frente das câmeras. Agnès Varda, uma das maiores cinegrafistas que já existiu, escreveu e dirigiu o clássico *Cléo das 5 às 7*, de 1952, no qual somos apresentados à Cléo, uma mulher que passeia pelas ruas de Paris enquanto aguarda os resultados de um exame de câncer. Com isso, nos deparamos não só com personagens e figuras de empoderamento feminino fictícias, mas mulheres reais, diretoras, atrizes, roteiristas, que agora tomam para si a liberdade de contarem suas próprias realizações.

No filme supracitado, o telespectador depara-se com a grandiosidade da personagem, sua personalidade e perspectiva íntima ainda os aproxima. Acompanha-se passo a passo o desespero e a aflição dela. Essa, que não é uma dona de casa, mãe ou secretária como seria facilmente imaginada em uma sociedade dos anos 60, mas uma cantora lírica milionária e solteira que reflete sobre questões da vida entre as horas que aguarda seu exame.

Com isso, constata-se que tal movimento tornou-se fundamental na construção de uma representação fiel à mulher da época, uma

vez que fugia das amarras impostas pelo patriarcado e transformava o cotidiano em arte. A relação entre a figura feminina e a tela de cinema se tornou pessoal e reveladora, transformando padrões e clichês em clássicas personagens reais, além da incrível libertação do corpo feminino amplamente representado em diversas obras clássicas do gênero. Tal desenvolvimento adentrou o imaginário social e foi capaz de revolucionar e penetrar diversos nichos da sociedade modificando os padrões de gênero não só nas áreas das artes, mas nas ciências, no âmbito doméstico, entre outros.

A importância do uso da arte na mudança de representação e em consequência do imaginário social fica claro quando coloca-se uma linha do tempo de filmes. Quando observados, os filmes clássicos das décadas de 40 e 50 tinham como figura central protagonistas que exerciam a função de engrandecer o papel do personagem homem principal, ou quando não apenas para agrado do público masculino. Personagens vividas por atrizes como Marilyn Monroe, Rita Hayworth e Jayne Mansfield eram vistas sempre como *sex symbols*, simples adornos ou as famosas moças indefesas prontas para serem salvas por homens. Talentos muitas vezes abusados por grandes corporações que as viam como máquinas de ganhar dinheiro.

A maneira de Hollywood fazer cinema estava defasada, e a representação da mulher era machista e violenta, forçando um imaginário cada vez mais perigoso. As *femme fatales* como eram chamadas as personagens femininas clássicas da época exibiam comportamento padrão e sempre aguentavam as atitudes abusivas em prol do bem-estar do personagem masculino.

Como uma válvula de escape, os movimentos europeus, em principal a Nouvelle Vague, fizeram com que a ideia de cinema independente e artístico se espalhasse pelo resto do mundo. Não demorou muito para que os entusiastas do cinema aderissem à filosofia francesa. Surgiu então nos Estados Unidos a *New Wave* hollywoodiana,

o movimento com influência francesa fez nascer a onda dos cinemas independentes e a desvalorização dos grandes estúdios. Tal despreendimento deu aos roteiristas e diretores mais liberdade para construção de suas obras e em consequência o surgimento de representações mais críticas e sociais.

Vê-se, dessa forma, surgir na América, assim como na França um novo estilo de filme, no qual os diálogos são peça chave na construção de um roteiro. Assumem aqui também grandes representações no cenário feminino. Filmes com personagens marcantes, centrais e com propósitos que vão além do protagonista masculino estão estampadas em cartazes por todas as cidades, mulheres que não necessariamente seriam sexy symbols tornam-se protagonistas de suas próprias histórias, nas quais outras diversas mulheres agora se veem refletidas.

Filmes como O bebê de Rosemary, de 1968, no qual não se há resquício qualquer de romantização do puerpério, uma mulher sofre a solidão de sua gravidez ao dar a luz ao anticristo. Tal cenário, que pode parecer fantasioso o suficiente, também demonstra a simbologia da dificuldade do estado puerperal vivido por inúmeras mulheres. Já em Bonnie e Clyde, de 1967, observa-se que a protagonista aprecia a vida do crime e não vive aquilo apenas para agradar seu companheiro. Filmes como estes exteriorizam a grandeza da representação feminina no cinema e a importância de se manter a realidade da mulher em tais papéis.

No Brasil, os movimentos sessentistas cinematográficos não deixaram a desejar. Encabeçado por Glauber Rocha, o chamado Cinema Novo, com o ideal *uma ideia na cabeça e uma câmera na mão*, foi responsável por emergir nas telas a realidade político-social de um país acuado pelo Regime Militar de 1964. Ainda assim, relutante contra a censura da época, o Cinema Novo foi capaz de criar uma geração de obras singulares e influentes. No alegórico Terra em Transe (1967),

Glauber Rocha critica a ditadura militar de forma satírica e elaborada, enquanto em Deus e o Diabo na Terra do Sol (1964) vê-se perante a contradição humana entre o certo e o errado, a moral e a religião, tudo isso diante da miséria gerada pela seca no Nordeste.

Em tais filmes são apresentados papéis femininos célebres e independentes. A arte passa a ser reflexo da sociedade quando espelha a realidade. Uma reprodução maquiada apenas serve para aumentar desigualdades e gerar preconceitos. Por mais dura e fria que pareça quanto mais real for sua manifestação maior as chances de se corrigir o que precisa. Dessa maneira, a hermenêutica carrega em si a função de espelho da realidade capaz de mostrar o que se deve manter e o que seja necessário modificar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com isso, vê-se que as artes em geral e a construção de imagens em si estão diretamente vinculadas com a responsabilidade de se mostrarem fiéis à realidade. A importância disso está cada vez mais presente na mutação constante de representações com o advento das mídias sociais e da internet. Busca-se, então, tornar estas representações cada vez mais fidedignas na tentativa de se evitar preconceitos capazes de alavancar situações de extrema violência.

A importância dos movimentos cinematográficos surgidos no final da década de 50 e no decorrer da década de 60 são exemplos de como as artes se mostraram fundamentais na hora de transparecer a realidade transformando a representação em algo mais tangível. Pode-se com isso criar um imaginário capaz de espelhar as mulheres concretamente, demonstrando a realidade vivida por elas, afastando convenções patriarcais e generalizadas. Além de garantir a estas o protagonismo de suas próprias vidas, afastando a coadjuvância de

seus papéis desenvolvendo um imaginário cada vez menos machista e mais impactante na vida das mulheres.

A construção de protagonistas cujos desejos de suas vidas são simples e rotineiros, mas também ambiciosos e imponentes aproximam a arte do público. O cinema passa a ser um retrato não só preocupado em entreter, mas em gerar um vínculo entre o personagem e o telespectador trazendo para a criação problemas e espectros reais da vida, existência e sexualidade da mulher. Dessa forma os filmes carregam consigo a capacidade de argumentar com o interlocutor sobre como sua realidade vivida aproxima-se daquela que ele observa.

A hermenêutica, desta forma, adentra os âmbitos do representativo e imaginário moldando essas diferentes características e formas, construindo com diversidade as diversas estruturas humanas que vão ser representadas. Com isso, ao se notar ali todos podem passar a conceber melhor a noção do que é singular, sem que gere neste estranhamento capaz de propagar situações de violência e desigualdade.

REFERÊNCIAS

BACKSO, B. **Enciclopédia 5 – Anthropos – Homem**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1985.

BARBOSA, Jorge Luiz. A arte de representar como reconhecimento do mundo: o espaço geográfico, o cinema e o imaginário social. **Geographia**, v. 2, n. 3, p. 73, 2000. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/geographia/article/view/13375/8575>. Acesso em: 30 fev. 2020.

BOURDIEU, P. A **Economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, J. M. A **Formação das almas**: o imaginário da república no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1987. Disponível em: <https://www.companhiadasletras.com.br/detalhe.php?codigo=10213> Acesso em: 27 de dez. 2020.

CARVALHO, Luciane. **A representação feminina na nouvelle vague**: jean-luc godard e anna karina (frança, 1961 – 1964). 2013. 55 f. Monografia (Especialização) - Curso de História, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização (1930)**. São Paulo: Cienbook, 2020.

LEFEBVRE, Henri. **Introdução à modernidade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969

MOSCOVICI, S. **A Representação social da psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. Disponível em: <http://rbep.inep.gov.br/ojs3/index.php/emaberto/article/view/2265>. Acesso em: 05 jan. 2021.

PESAVENTO, Sandra Jatahy. Cultura e representações, uma trajetória. **Anos 90**, v. 13, n. 23, p. 45-58, 2006. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/anos90/article/view/6395>. Acesso em: 07 jan. 2021.

SERBENA, Carlos Augusto. Imaginário, ideologia e representação social. **Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, v. 4, n. 52, p. 2-13, 2003. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/1944>. Acesso em: 09 de jan. 2021.

SIEGA, Paula. O Diário Cinematográfico de Cesare Zavattini: Memórias da guerra e dever de não esquecer. **Aletria**: Revista de Estudos de Literatura. v. 23, n. 2, p. 137-150, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.17851/2317-2096.23.2.137-150>. Acesso em: 9 jan. 2021.



6

Ana Carolina Felix Monteiro
Heloisa Fernandes Caracas

**A Hermenêutica
da Teoria Tridimensional
de Miguel Real e como
forma de garantia dos
Direitos dos Refugiados
Ambientais fundamentado
no Princípio da Igualdade**

DOI: [10.31560/pimentacultural/2022.602.96-115](https://doi.org/10.31560/pimentacultural/2022.602.96-115)

RESUMO

Compreender quem são os refugiados ambientais tem se tornado uma tarefa cada vez mais recorrente, especialmente em razão do aumento da ocorrência de desastres ambientais no panorama mundial. Contudo, a disciplina sobre a situação desses migrantes forçados ainda padece de regulamentação, os deixando, portanto, em situação de vulnerabilidade, particularmente quando comparados aos demais migrantes forçados por motivos políticos, de raça, ou outros tipos de perseguições. Destarte, como objetivo geral este trabalho teve o propósito de encontrar uma solução à lacuna deixada em relação aos refugiados ambientais quanto à normatização, atuando de modo a analisar o conceito de refugiados ambientais partindo da reinterpretação de legislações já vigentes, e apresentar a teoria tridimensional específica de Miguel Reale atrelada ao princípio da igualdade. Para tanto, os métodos utilizados neste trabalho foram, como de abordagem, o dedutivo, e como de procedimento, o histórico. Como técnicas de pesquisas, exploratória e bibliográfica, embasada em doutrinas, artigos científicos e legislação brasileira e internacional. Diante disso, compreender quem são os refugiados ambientais e executar estratégias para amenizar as desigualdades conceituais entre eles e as demais classificações de refugiados, uma vez que se encontra em situações similares é uma realidade imprescindível no contexto atual. Assim, se analisou a aplicação da teoria tridimensional do direito específica de Miguel Reale e o Princípio da Igualdade como forma de promover uma melhor interpretação das normas de direito internacional, principalmente quando se tem como finalidade a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Direito Internacional. Hermenêutica jurídica. Princípio da Igualdade. Refugiados ambientais. Tridimensionalidade.

INTRODUÇÃO

O panorama do refúgio e a condição dos indivíduos que deixam suas nações se tornam mais preocupante e presente no cotidiano. Ser ou estar na condição de refugiado implica em diversas consequências tanto aos países que os recebem, quando aos de origem. Assim, será abordado no presente trabalho, quem são os refugiados que carecem de definição própria e como a Teoria Tridimensional do Direito atrelada ao Princípio da Igualdade seria a resposta hermenêutica para a lacuna deixada.

Inicialmente, se aborda o conceito e a definição do refugiado ambiental, que é uma das categorias de refúgio, mas que segue sem definição dentre as Convenções e Leis internacionais. Para Morton, Boncour e Laczko (2008, p. 6) estes são: “indivíduos, comunidades ou sociedades que escolhem, ou são forçados a migrar, como resultado da degradação ambiental ou das mudanças climáticas” (MORTON; BONCOUR; LACZKO, 2008).

Ocorre que o fato que origina o movimento de refúgio (o desastre ambiental) não é trazido pelas normas internacionais que tratam do assunto como fato que ocasionaria a situação de refugiado, em especial a Convenção das Nações Unidas sobre o Refugiado, de 1951, fazendo com que as pessoas que se encontram em tal situação sejam excluídas ou tenham que equiparar-se aos direitos e obrigações cabíveis aos refugiados *tradicionais*.

Com isso, enquanto a situação padece de regulamentação, outros métodos precisam ser aplicados como forma de assegurar, pelo menos, a efetividade da dignidade humana nesse contexto. Assim, se compreende a seguir, como forma de analisar as normas de direito internacional de forma mais coesa com a realidade, a teoria tridimensional específica de Miguel Reale, que se mostra ferramenta útil, podendo trazer satisfação de direitos nesse sentido.

No terceiro tópico se analisa o Princípio da Igualdade, que, sendo um dos pilares dos direitos relativos aos homens, poderia ser a solução temporária para uma questão que tende a crescer ainda mais nos próximos anos, que é o refúgio por motivos ambientais.

A metodologia utilizada para elaboração dessa pesquisa e alcance do objetivo geral conta como método de abordagem o dedutivo, com o uso do procedimento histórico. Para a elaboração da pesquisa, analisa-se através da exploratória e bibliográfica.

Assim, a aplicação de normas internacionais de direitos humanos, em especial a relativa aos refugiados, não pode ser afastada da análise combinada entre o fato, a norma e o valor, ainda acertada com os princípios interpretativos de direitos humanos, tudo isso para garantir, ao menos, a concretização do mínimo existencial para essa parcela que já se encontra em situação de vulnerabilidade e que, com a deficiência de iniciativa pelos órgãos responsáveis pela sua implementação, se torna ainda mais desamparada.

REFUGIADOS E REFUGIADOS AMBIENTAIS

A definição acerca de quem são os indivíduos considerados refugiados pode ser encontrada na Convenção das Nações Unidas sobre o Refugiado, de 1951, que disciplina que o refugiado é a pessoa que sofre perseguições por “motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas” (ACNUR, 1951, p. 2), e que esteja fora do país de sua nacionalidade ou que não pode retornar a ele em razão desta justificativa.

A data de consolidação do termo pelas Nações Unidas não é por acaso, pois a necessidade de regulamentação da situação dessas pessoas se intensificou em razão do contexto histórico da Segunda

Guerra Mundial, uma vez que em razão das perseguições sucedidas, certos indivíduos foram obrigados a deixar seus países de origem.

Nessa perspectiva, Hannah Arendt em sua obra *Nós, os Refugiados*, afirma que o cenário revelado pela guerra trouxe a internacionalização e a base legal para a delimitação da figura do migrante forçado, como: “O sentido do termo ‘refugiado’ mudou conosco. Agora ‘refugiados’ são aqueles de nós que chegaram à infelicidade de chegar a um novo país sem meios e tiveram que ser ajudados por comitês de refugiados.” (ARENDR, 2013, p. 7)

Diante disso, o panorama da conceituação do migrante forçado limitou de duas formas quem seriam as pessoas abrangidas dentro da definição: os que tiveram o início da perseguição antes do dia 1º de janeiro de 1951, pessoas refugiando-se durante a segunda Guerra; e os que estivessem em países europeus ou em outro lugar determinado pelo Estado signatário, criando assim, um requisito geográfico (ACNUR, 1951). Em 1967 foi aprovado um Protocolo adicional (Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados) que ampliou a anterior limitação relativa à data, alterando o artigo 1º da Convenção, contudo não suprimiu a outra, relativa ao local de onde partiria o refugiado (ACNUR, 1967). O Brasil é signatário de ambas as regulações.

Destarte, é importante diferenciar o asilo e o refúgio, uma vez que, apesar de fazerem parte do mesmo instituto, asilo *lato sensu*, têm notável diferença na maneira em que se dão. O primeiro trata-se de um ato de um Estado, que por meio de seu poder soberano, decide se concede a um indivíduo o asilo, sendo uma decisão discricionária. Quanto ao refúgio, não se concede, se é reconhecida a condição de refugiado, quando o indivíduo se encaixa nos requisitos pré-estabelecidos (SOARES, 2002).

O ACNUR, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, estabeleceu três estratégias para alcançar a resolução da

questão dos refugiados externos, quando já estão no país estrangeiro onde ficarão: “(1) a integração local, (2) a repatriação voluntária e (3) o reassentamento” (JUBILUT, 2007, p. 154). Sendo o primeiro a busca pela melhor adaptação do indivíduo naquele meio social; a repatriação é o retorno deste ao seu país originário depois de solucionadas as questões que o fizeram sair; e o reassentamento pode ser: a transferência de um Estado a outro dos refugiados (Estado A e Estado B); ou, de Estado A (originário), para o Estado B (dá status de refugiado) e depois para um Estado C (acolhida final) (ACNUR, 1951).

Caminhando na construção e ampliação do conceito, na Convenção da Organização de Unidade Africana de 1969, que trata sobre os aspectos relativos aos refugiados na África, expande as possibilidades para a concessão de refúgio que eram previstas anteriormente. Nela, em seu art.º 1, parágrafo 2º, o refugiado seria o indivíduo que:

[...] devido à agressão, ocupação externa, dominação estrangeira, ou acontecimento que perturbe gravemente a ordem pública em parte ou em todo o seu país de origem ou nacionalidade, é obrigada a deixar seu local de residência habitual para buscar refúgio em outro local fora de seu país de origem ou de nacionalidade (OJA, 1969).

Igualmente agrega a hipótese de que o perigo que causou a saída do refugiado não foi necessariamente em todo o Estado, podendo ser um perigo local, surgindo assim os refugiados internos, pessoas que se deslocam pelos motivos indicados, mas não cruzam a fronteira dos seus países (SOARES, 2002).

Nessa toada, na América Latina, a Declaração de Cartagena das Índias, adotada no ano de 1984, foi primordial para a expansão do conceito de refugiado. A partir desse momento, a definição passou a abranger as pessoas que fugiam em razão de violência generalizada, conflitos que ocorressem no âmbito interno, de agressão estrangeira, bem como em virtude de violação dos direitos humanos (ACNUR,

1984). Diante disso, essa declaração serviu como base, conjuntamente a Convenção de 1951, para a criação do Estatuto dos Refugiados no Brasil, por meio da Lei 9.474/97.

Ao analisar o contexto e todos os conceitos empregados aos refugiados, percebe-se a evolução da definição e como tenta-se abranger a maior quantidade de pessoas possíveis. Pensando nisso o AC-NUR, traz um reforço a todas as Convenções anteriores, a *Convention Plus*, que tem como finalidade a melhoria da proteção dessas pessoas, além de fomentar os acordos especiais multilaterais para alcançar e contribuir para a solução de conflitos (UNHCR, 2005).

Restando clara a necessidade da constante ampliação do conceito de refugiado, nos últimos anos, outras razões foram surgindo, principalmente devido às alterações climáticas. Citando a análise feita por Juras acerca do crescimento do número dos desastres naturais:

A média mundial de desastres naturais subiu de 260 em 1990 para 337 em 2003, e o número de pessoas atingidas por esses desastres cresceu exponencialmente. É certo que a Terra tem passado, ao longo de toda a sua história geológica, por enormes variações climáticas. No entanto, há evidências cada vez mais fortes de que as mudanças mais recentes não são variações naturais, mas estão relacionadas com o aumento da temperatura da Terra (JURAS, 2008, p. 35).

Seguindo a análise do provável panorama futurístico da raça humana, o Professor Norman Myers (2005) prevê que haverá cerca de 200 milhões de migrantes ambientais em 2050. Essas estimativas, como o próprio professor admite, não são certas ou completamente precisas, pois dependem de fatores específicos e que variam de modo irrazoável, e que giram em torno do ímpeto de migrar, da falta de dados, da tentativa de calcular em meio à incerteza e o crescimento da população (MYERS, 2005).

Dada a evolução da degradação ambiental e das previsões que são feitas sobre o futuro do meio ambiente, percebe-se a necessidade da ampliação do conceito de refugiado, surgindo o termo *refugiado ambiental ou migrante ambiental*, como apontou o Professor Myers (2005).

O termo foi introduzido ao mundo jurídico, em sua primeira aparição, por Lester Brown, do Instituto World Watch, em 1970. No entanto, foi Essam El-Hinnawi que designou uma definição, em 1985, como sendo os refugiados ambientais as pessoas que são compulsoriamente retiradas dos seus territórios, seja temporariamente ou em definitivo, por conta de alguma transformação no meio ambiente que põs a vida dos habitantes em risco ou que afetou a qualidade de vida destes (EL-HINNAWI, 1985).

Em 1988, uma extensão foi dada ao conceito, quando subcategorias foram criadas para os refugiados ambientais: os que migram temporariamente, por um dano reversível ao meio ambiente; os que migram permanentemente; e os que podem ser temporários ou permanentes, que seguem conforme a progressividade das degradações (JACOBSON, 1988).

Com tantos estudos e análises sobre o tema, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, deixou estabelecida a definição de refugiado ambiental como sendo as pessoas que foram:

[...] obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente viviam, devido ao visível declínio do ambiente, perturbando a sua existência ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entrasse em perigo (PNUMA, 1985).

O impulso migrante dos refugiados ambientais, pelas análises de Astri Suhrke (1993), se dá em seis eventos: desmatamento, processo de desertificação devido aos períodos de seca, aumento do nível da água do mar, degradação do solo, ar e água. Além disso, alguns destes, na percepção da autora, são de maneira indireta, influenciados pela ação do ser humano (SUHRKE, 1993).

Apesar das definições sobre quem são os refugiados ambientais, eco refugiados ou refugiados climáticos, no âmbito internacional, ainda não há uma legislação que discipline especificamente e os englobe. Dessa forma, para preencher a lacuna deixada, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Dos Refugiados, entre outras ramificações, são responsáveis por protegê-los juridicamente (SILVA e SILVA, 2019).

No que concerne à proteção exercida pelo Direito Internacional dos Refugiados, o principal órgão atuante é o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, o ACNUR. Em 2007, ele publicou o *Plano de Ação de 10 pontos para os Refugiados e Migrações Mistas*, com vistas à promoção da assistência aos migrantes, incluindo os de migração por desastre ambiental. Não obstante a inclusão de assistência, a ONU ainda não reconhece os refugiados climáticos por afirmar que esse conceito não estaria inserido na definição de refugiado (LEAL, 2017).

Nessa perspectiva, a professora Flávia Piovesan, membro da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, confronta a abordagem dada pelo órgão “a definição ampliada e a definição clássica de refugiados não devem ser consideradas como excludentes e incompatíveis, mas pelo contrário, são complementares” (PIOVESAN, 2010, p. 253).

Portanto, é visível que a condição de refugiado ambiental já seja uma questão que possui visibilidade no direito internacional, mas que ainda carece de uma regulamentação específica uma vez que a extensão do conceito de refugiado e suas proteções ainda não são estendidas àqueles. Assim, enquanto não são elaboradas normas específicas para disciplinar a situação desses migrantes climáticos, faz-se necessária a atuação do direito internacional com a finalidade de suprir lacunas e, em especial, promover a interpretação das normas já existentes como forma de, em especial, garantir os direitos humanos desta

parcela vulnerável, realizando interpretações que sejam condizentes com o fato, a norma e o valor.

A TEORIA TRIDIMENSIONAL ESPECÍFICA DO DIREITO DE MIGUEL REALE E A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A interpretação é uma forma de atribuir sentido a algo, promovendo a sua representação diante de um contexto. Segundo Dworkin (1999, p. 64), ao analisar a interpretação de maneira construtiva, afirma que: “é uma questão de impor um propósito a um objeto e prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou o gênero aos quais se imagina que pertençam.”

Destarte, com o seu delinear, a interpretação nos leva hoje ao que conhecemos como hermenêutica, que, em linhas gerais, tem como objetivo alcançar “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito” (MAXIMILIANO, 2003, p. 1), e ainda nas palavras de Carlos Maximiliano:

A hermenêutica se aproveita das conclusões da filosofia jurídica, criando novos processos de interpretação e organizando-os de forma sistemática. A interpretação é a aplicação da hermenêutica. A hermenêutica descobre e fixa os princípios que regem a interpretação (MAXIMILIANO, 2003, p. 1).

Nesse sentido, começaram a surgir teorias que fundamentavam e explicavam o fenômeno interpretativo de diferentes perspectivas. A teoria tridimensional do direito de Miguel Reale é uma delas. Esta teoria surgiu como forma de enfrentar as questões surgidas em decorrência do formalismo jurídico, que decorre do positivismo, em especial, quando se fala da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

A tridimensionalidade traz novos elementos de análise interpretativa, de modo que o exame não se restrinja à norma positivada, são eles: o fato, a norma e o valor. Ocorre que a interpretação mediante a observância desses elementos pode apresentar diferentes perspectivas a depender de como é realizada, por esse motivo, quando se fala sobre a teoria tridimensional do direito temos duas vertentes: a abstrata ou genérica e a específica ou concreta.

A primeira, quando da análise dos elementos, propõe uma interpretação de forma individualizada de cada um deles, como áreas específicas (BALLAN JUNIOR, 2018). A segunda, por sua vez, que será o objeto de discussão neste trabalho, é a perspectiva trazida por Miguel Reale, que assinala a interdependência entre os elementos, não podendo fazer incidir a sua análise individualizada, mas em conjunto (BALLAN JUNIOR, 2018).

Desse modo, os intérpretes (jurista, sociólogo e filósofo) quando diante da aplicação hermenêutica, ponderarão de forma a culminar no elemento que se liga a sua vertente de estudos e objetivo desejado. Nesse sentido, “o jurista vai do fato ao valor e culmina na norma; o sociólogo vai da norma para o valor e culmina no fato; o filósofo vai do fato à norma, culminando no valor” (REALE, 1994, p. 121).

Com isso, pode-se afirmar que a norma, de forma prática, é resultado de um processo interpretativo ligando-se, especialmente, ao sentido que lhe é atribuído quando analisada. Nessa toada:

Transpondo essa questão para a hermenêutica jurídica nos parâmetros aqui propostos, fica fácil perceber que, quando quero dizer que a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que esse texto vem a assumir no processo compreensivo (STRECK, 2011, p. 278-279).

Assim, o processo interpretativo é a forma de fazer com que a norma tome seu sentido, o que vai depender de vários fatores que

possam incidir no momento da sua interpretação. Ademais, quando se está diante de uma situação passível de exame, o intérprete busca solucionar a questão diante da presença de obscuridades, ambiguidades, contradições e omissões, tudo isso, especialmente ligado a elementos adicionais que não podem ser excluídos do processo interpretativo: a cronologia e o poder. Desse modo:

[...] mais do que buscar fundamentos descontextualizados, gerais e abstratos, os que argumentam precisam ter em conta que a força persuasiva de seus discursos vem justamente do momento concreto em que são proferidos (PERELMAN, 1997, p. 385), da adaptação e valorização do que é singular e único, dos fatores históricos, culturais e sociais daqueles que nos ouvem, forçando-nos a diferenciar o que é efetivamente diferente, o que prioriza saberes e cosmovisões locais em detrimento dos princípios pretensamente intemporais do que podemos chamar de senso comum dos direitos humanos convencionais (SANTOS apud FONTES, 2018, p. 272).

É nesse contexto que se insere a hermenêutica jurídica nas relações internacionais, em especial, quando se fala de direitos humanos, uma vez que se objetiva dar maior efetividade às normas já existentes através de fundamentos contextualizados e de fatores históricos, culturais e sociais.

Nessa perspectiva, a interpretação conforme ocorre, especialmente, como forma de “adotar e respeitar a interpretação conferida às normas de proteção de direitos humanos pelos autênticos intérpretes internacionais como as Cortes Internacionais ou mesmo órgãos de proteção e fiscalização” (PRETI; LÉPORE, 2020, p. 146).

Ademais, quando a interpretação de normas que envolvem direitos humanos deve-se buscar aquela que seja mais favorável à pessoa, a chamada interpretação *pro homine*, quando se leva em conta a apreciação de um caso concreto, e a primazia da norma mais favorável, quando diante do conflito de normas, bem como aquela que promova a máxima efetividade da norma. Ainda diante da independência das

normas internacionais e da existência de sentidos próprios, deve-se interpretá-las preservando o seu sentido internacional, principalmente quando em conflito com o direito interno.

Não obstante, existem situações em que se busca preservar a discricionariedade dos Estados, permitindo a interpretação da norma internacional conforme o seu direito interno, é a chamada teoria da margem de apreciação, que sofre muitas críticas em razão de limitar a universalidade dos direitos humanos em especial por permitir decisões particulares e individuais a direitos essenciais.

Por fim, destaque-se o princípio da vedação à interpretação deturpada, que proíbe interpretações que possam afastar a proteção internacional juridicamente conquistada. Além disso, esse princípio de interpretação anuncia que “tampouco se pode interpretar isoladamente preceptivos para o fim de impedir o exercício da completude dos direitos essenciais para uma vida digna” (PRETI; LÉPORE, 2020, p. 149).

Diante disso, hermenêutica aplicada em normas de direitos humanos é uma forma de promover a efetivação da dignidade humana, principalmente em razão da garantia da máxima efetividade bem como do rechaço à interpretação deturpada. Ademais, é importante destacar a necessidade da aplicação em algumas normas de direito internacional da teoria tridimensional específica de Miguel Reale, uma vez que o fato, a norma e valor são elementos que devem ser analisados em conjunto, não efetivando o seu exame de forma individualizada.

Por fim, tal afirmativa subsiste no fato de que existem normas que, atualmente, não se ligam ao fato ou ao valor, fazendo que certos direitos essenciais sejam afastados em virtude de uma especificidade não regulamentada.

Para ampliar a compreensão sobre o tema, se analisa a seguir o princípio da igualdade e de que forma ele é imprescindível para complementar a ideia de que por meio da hermenêutica, a lacuna no conceito do refugiado ambiental seria solucionada.

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO FONTE PRIMORDIAL NA INTERPRETAÇÃO AMPLA DA CONCEITUAÇÃO DE REFUGIADO

A questão do refugiado ambiental no Direito Internacional gera uma série de possíveis alternativas para solucionar as lacunas existentes nas legislações. A primeira solução seria modificar as Convenções já vigentes, como a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados; e uma segunda seria a criação de uma Convenção Internacional que legislasse especificamente sobre esse tema, abordando os refugiados ambientais externos (MIRRA, 2017).

Diante de um panorama de busca por soluções, o Direito Internacional pode ressignificar e readaptar conceitos e fontes utilizados em recorrência. Este possui fontes formais e materiais que utiliza para embasar e fundamentar suas decisões e normas (CLARO, 2015). O enfoque nesse tópico será nas fontes materiais, especificamente em um princípio, basilar para a compreensão de como a teoria tridimensional poderá ser atrelada ao direito dos refugiados ambientais para garantir-lhes os mesmos direitos que as demais tipificações de refugiados.

O Princípio da Igualdade é uma obrigação criada e imposta aos estados para que eles assegurem direitos e deveres iguais a todos os indivíduos que estejam sob a sua soberania. Em uma acepção mais ampla, Kelsen disciplina sobre a necessidade do trato proporcional às desigualdades:

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre

crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres (KELSEN, 1974, p. 110).

Essa concepção também é aceita e compreendida como sendo a melhor opção ao analisar o princípio em estudo, como se demonstra consonante Nelson Ney em sua célebre afirmação: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

Um dos textos legais que dispõe sobre esse princípio é a Convenção de Kampala, de 2009, a qual direciona: “*respect and ensure respect and protection of the human rights of internally displaced persons, including humane treatment, non-discrimination, equality and equal protection of law*” (ACNUR, Art. 3º)¹.

Também analisado por Cançado Trindade, o princípio da igualdade existe desde as épocas iniciais do direito das gentes, sendo “a ideia de igualdade humana era subjacente à concepção da unidade do gênero humano [...] é um dos pilares básicos do corpus juris da proteção internacional dos direitos humanos” (TRINDADE, 2014, p. 95).

Dentro do escopo da Constituição brasileira de 1988, no artigo 4º, o princípio da igualdade é retratado e tem sua importância ressaltada ao ser um dos princípios presente dentre as cláusulas pétreas da Carta Magna, que dispõem sobre os princípios regentes das relações internacionais (BRASIL, 1988).

O princípio da igualdade, seja no âmbito nacional ou internacional, fundamenta não deve haver distinção entre os direitos básicos devidos a cada indivíduo, e garantindo, principalmente, a dignidade da pessoa humana, que nas palavras de Ingo Sarlet seria “a qualidade

1 Tradução nossa: “respeito e assegurar respeito e proteção dos direitos humanos de pessoas deslocadas internas, incluindo o tratamento humanitário, a não discriminação, igualdade e proteção igualitária da lei” - ACNUR, Convenção de Kampala, artº 3.

intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade” (SARLET, 2001, p. 60).

Sendo, para o autor, atrelados os princípios da igualdade e o da dignidade da pessoa humana, continua:

Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material (SARLET, 2001, p. 89).

Dado esse panorama, uma solução que poderia ser aplicável aos refugiados ambientais, que seguem carecendo de definição específica nos textos internacionais, no âmbito do Direito Internacional, seria o uso de suas próprias fontes, como o princípio da igualdade, reinterpretando-as, de forma que assegurasse que estes indivíduos em situação de migração forçada, impedidos de retornarem ao seu país de origem, pudessem ser incluídos nas legislações internacionais sem necessitar da alteração dos textos legais, que pode demandar mais tempo e procedimentos mais burocráticos.

Essa reinterpretação dos textos legais já existentes através de fontes primordiais do Direito Internacional encontra na teoria da Tridimensionalidade fundamento e razão de ser, pois esta, busca a ampliação das normas através da análise interpretativa, dando a norma o sentido que ela necessariamente precisa ter para adaptar-se aos novos panoramas, podendo utilizar o princípio analisado para alcançar a solução da lacuna, de maneira fundamentada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar quem são os refugiados e como eles conseguem proteção por meio do órgão responsável pelos refugiados nas Nações Unidas, ACNUR, percebe-se que as tipificações clássicas ganham proteção e abrangência, sendo acolhidas e tendo seus direitos garantidos e respeitados.

Essa eficácia, contudo, não é garantida aos refugiados ambientais, que ainda não têm a definição reconhecida pela ACNUR, apesar de todos os estudos feitos por doutrinadores e o aumento das migrações climáticas devido ao aquecimento global, dificultando a chegada e adaptação destes em um território estrangeiro, onde buscam refúgio.

Uma solução a essa lacuna legal deixada no âmbito internacional, seria a interpretação das normas que já existem adaptando-as aos refugiados ambientais. Como visto, a teoria tridimensional de Miguel Reale preenche esse espaço, ao analisar o fato, a norma e o valor, de forma que não seja necessária a criação de novos textos legais para cada nova situação que o direito encontre adiante.

Destarte, se esses indivíduos não podem mais estar no seu Estado originário, bem como não podem a ele regressar até que uma circunstância seja resolvida, então são refugiados, logo, por que então não proteger os que fogem de desastres climáticos, seca, inundações, que igualmente não podem estar no seu país por motivos compulsórios?

Assim, quando se analisa o princípio da igualdade, que garante aos indivíduos a preservação de seus direitos básicos, o presente trabalho buscou associar a hermenêutica jurídica, parte imprescindível do Direito, e como ela poderia ser utilizada para dar eficácia e conectar, finalmente, os refugiados ambientais às legislações internacionais existentes, que ainda não os acolhem, por meio da interpretação das

normas através da tridimensionalidade, usando a igualdade entre os indivíduos como base para a reinterpretação e amplificação das legislações existentes, de maneira que a acolhida e proteção destes fossem garantidas.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**, 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1. Acesso em 19 dez. de 2020.

ACNUR. **Declaração de Cartagena**, 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1. Acesso em: 20 dez. 2020.

ACNUR. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados**, 1967. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 19 dez. 2020.

ARENDR, Hannah. **Nós os Refugiados**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2013.

BALLAN JUNIOR, Octahydes. Teoria tridimensional do direito de Miguel Reale nas decisões dos tribunais superiores. **Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 262-280, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/149>. Acesso em: 19 dez. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CLARO, Carolinda de Abreu Batista. **A Proteção dos “Refugiados Ambientais” no Direito Internacional**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/publico/Tese_Carolina_de_Abreu_Batista_Claro.pdf. Acesso em: 21 dez. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. Nairobi, Quênia: Programa do Meio Ambiente das Nações Unidas, 1985, p. 4.

FONTES, Narbal de Marsillac. Retórica, solidariedade e direitos humanos. *Philosophos - Revista de Filosofia*, Goiânia, v. 23, n. 2, p. 259-274, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/philosophos/article/download/52779/32636/>. Acesso em: 19 dez. 2020.

JACOBSON, Jodi. *Environmental Refugees: a Yardstick of Habitability*. World Watch Paper nº. 86, Washington, D.C.: World Watch Institute, 1988.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico*. São Paulo: Método, 2007.

JURAS, Iliada da Ascensão Garrido Martins. *Aquecimento global e mudanças climáticas: uma introdução*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/641>. Acesso em: 20 dez. 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. 3. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1974

LEAL, César Barros. Breves notas sobre os refugiados ambientais e seu desafio na contemporaneidade. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Barros. (coord.). *Direitos Ambiente e Humanos*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora. 2017.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery, A questão dos “refugiados” climáticos e ambientais no Direito Ambiental. *Consultor Jurídico*, Online, 22 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/ambiente-juridico-questao-refugiados-climaticos-ambientais-direito-ambiental>. Acesso em: 21 dez. 2020.

MORTON, Andrew, BONCOUR, Philippe e LACZKO, Frank. Human security policy challenges. *Forced Migration Review*, Online, 2008. Disponível em: fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/climatechange/morton-boncour-laczko.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021.

MYERS, Norman. *Environmental Refugees: An emergent security issue*. 13th Economic Forum, Praga, 2005. Disponível em: www.osce.org/documents/eea/2005/05/14488_en.pdf. Acesso em 20 dez. 2020.

NERY JÚNIOR, Néilson. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OUA. **Convenção da Organização de Unidade Africana**, 1969. Disponível em: https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/convencao_oua.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PNUMA. **Environmental Refugees**, 1985. Disponível em: <https://www.liser.lu>. Acesso em: 20 dez. 2020.

PRETI, Bruno del; LÉPORE, Paulo. **Manual de Direitos Humanos**. Salvador: Juspodivm, 2020.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Andressa Corsetti; SILVA, Jéssica Fernanda Maciel da. A proteção jurídica Internacional dos Refugiados Climáticos. In: SILVEIRA, Amanda Ferraz da.; PAMPLONA, Danielle Anne.; FERREIRA, Heline Sivini. (org.). **Os caminhos do Socioambientalismo**. Naviraí: Ipuvaíva, 2019.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. vol. 1 São Paulo: Atlas, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUHRKE, Astri. **Pressure Points**: Environmental Degradation, Migration and Conflict. Occasional Paper of Project on Environmental Change and Acute Conflict, Washington, DC: American Academy of Arts and Sciences, 1993.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Proteção dos Vulneráveis como legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)**. 3 vols. Fortaleza: IBDH/ IIDH/ SLADI, 2014.

UNHCR. **Convention Plus at a glance**. 2005. Disponível em: <https://www.unhcr.org/protection/convention/403b30684/convention-plus-glance-june-2005.html>. Acesso em: 20 dez. 2020.



7

Cristóvão Maia Filho

Hermenêutica do Protagonismo Judicial como uma nova face do exercício das Funções do Poder

RESUMO

O direito é impregnado de uma enorme carga de conservadorismo e de conteúdo ideológico, o que muitas vezes impede sua eficácia material por estar atado a conceitos e dogmas ultrapassados. O presente escrito aborda a discussão sobre o Protagonismo Judicial e sua forma hermenêutica baseada na aplicação dos princípios judiciais aos casos que lhes forem submetidos, desde que não possuam soluções jurídicas adequadas, ou seja, fundadas na lei e que estas representem a busca pela efetiva justiça e da proteção à dignidade humana. A partir dessa premissa analisa-se a viabilidade da manutenção da tradicional forma estanque da divisão das funções do poder sistematizada por Montesquieu, principalmente diante das rápidas mudanças sociais pelas quais atravessa a sociedade pós-moderna. Trata-se de um estudo bibliográfico (revistas, livros, sites, artigos entre outros) a partir do método dialético e que tem como objetivos analisar os impactos e as mudanças provocadas a partir da atuação do Judiciário ante ao exagero normativista e/ou inércia do Legislativo. Contata-se a necessidade de revisão das premissas tradicionais da chamada Tripartição dos Poderes que, hodiernamente, se constitui como modelo propenso ao atraso na promoção da Justiça.

Palavras-chave: Protagonismo; Judicial, Princípios, Tripartição, Poderes; Hermenêutica.

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo de revisão bibliográfico e de cunho dialético gira em torno de como o movimento de Protagonismo Judicial impactou na noção tradicional de tripartição do exercício do poder: quais as ideologias iniciais existentes no sistema de tripartição e como ela condicionou a aplicação da lei pelo Judiciário? Ainda podemos considerar válidas as ideias de poderes isolados diante de uma sociedade cujas demandas estão cada vez mais carentes de respostas concretas? Como podemos analisar a atuação dos juízes em prover soluções jurídicas quando da inércia legislativa? É possível que a sociedade pós-moderna ainda se estabilize a partir da lei como modelo único de direito, ou podemos recorrer aos princípios como instrumento de aplicação da justiça? A teoria da tripartição dos poderes ainda se consubstancia como instrumento eficaz no atual modelo de sociedade?

A partir dos questionamentos acima expostos objetivamos analisar como o Protagonismo Judicial e sua forma hermenêutica de analisar e aplicar as normas podem ser importantes no desenvolvimento de um instrumento de celeridade e modernidade jurídica, e como isso traz a necessidade de repensar a forma tripartite das funções do poder na sociedade pós-moderna a partir da necessidade respostas rápidas e da existência de casos difíceis para um direito legislado.

O tema é muito debatido não só na doutrina nacional, que se divide quanto ao papel do judiciário ser atuante no sentido de criar o direito como forma de solucionar as lides e comportar o direito como instrumento de consecução de direitos sociais, uma verdadeira instrumentalização do constitucionalismo fora da constituição escrita; e aqueles que entendem o papel dos juízes como meros aplicadores do direito positivo, ou seja, se limitam ao que os preceitos normativos apregoam.

Podemos destacar que o Protagonismo Judicial abriu passagem após a redemocratização do Brasil e da constitucionalização das

leis, pois o acesso ao Judiciário o potencializou como instrumento de concretização dos direitos, o que configura a efetivação da justiça social por meio do provimento das funções dos poderes. Dessa forma, além da própria discussão sobre o papel do Judiciário como efetivador de direitos, concebe-se também um debate sobre a natureza atual da Teoria da Tripartição dos Poderes em um mundo em que há uma necessidade urgente de realizar os direitos como meio de se concretizar a cidadania.

A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E SEU CONTEÚDO IDEOLÓGICO

Quando discorremos sobre Tripartição das Funções dos Poderes imediatamente nos vem à cabeça um sistema ordenado de divisão do exercício das funções do Estado sem que haja entre estes órgãos uma interferência na competência a si delimitada de forma exclusiva, no que diz respeito as suas funções ordinárias. Assim, desde que a o barão de Montesquieu sistematizou a ideia aristotélica da *Tripartição dos Poderes* como um instrumento de poder ligado à ideologia do movimento iluminista (MONTESQUIEU, 1998), o processo de efetivação dos direitos foi institucionalizado e instrumentalizado como forma de concretizar o Princípio da Segurança Jurídica como meio de legitimar as ações de tais Poderes de forma compartimentalizada.

A proposta de fragmentar o exercício do poder visou a três objetivos bases: a) desenvolver um meio para contrapor-se ao centralismo absolutista do medievo, ou seja, um instrumento com aparência jurídica que retirasse do mundo político a monarquia e seus seguidores; b) institucionalizar a burguesia como única classe política apta legalmente a produzir o direito por meio do Estado, uma clara supressão do Jusnaturalismo, e; c) deslegitimar a interpretação social da lei por parte

do aplicador da norma no caso concreto, pois a lei já teria um conteúdo próprio, sem necessidade de complementação.

Observa-se criticamente que o sistema de freios e contrapesos não se constitui como instrumento visando ao equilíbrio entre os poderes, mas um meio de controlar as ações do Judiciário como instrumento conhecedor do direito e capaz de modificar as decisões ideológico-políticas concretizadas através das leis que, teoricamente, se apresentam genericamente, mas que está eivada de conteúdo classista e individualista como nos informam Vasconcelos e Chaves (2016, p. 01)

A moderna formulação do conceito de separação dos poderes surgiu em uma época marcada pelo Absolutismo Monárquico, na qual era comum que na figura do monarca convergissem atribuições legislativas, administrativas e jurisdicionais. Por essa razão, coube ao Iluminismo, o principal movimento filosófico a reagir contra esse modelo de Estado, o papel histórico de apresentar a proposta de separação dos poderes estatais que atualmente vigora na maior parte dos países democráticos.

Fundamenta-se o argumento crítica apresentado ao observamos que o Judiciário, por conta do sistema tripartite e de sua função precípua de *dizer o direito* fica atrelado aos mandamentos criados fora do seu âmbito, quer seja no Legislativo quer no Executivo, o que faz com que os aplicadores do direito tenham sua competência delimitada por mandamentos legais que não foram construídos por ele. É justamente nesse ponto em que discordamos que há um equilíbrio dos poderes e, ainda, aduzimos que ao construir a lei sem a inclusão do Judiciário em sua feitura e com a proibição da análise além do conteúdo por parte do aplicador, é que temos uma ingerência daqueles outras forças políticas sobre o Judiciário.

Dessa forma, ao serem concebidos benefícios aos membros do Judiciário – as chamadas prerrogativas – visou-se a isolá-los do debate político, a começar pela forma de nomeação dos aplicadores do direito que não está atrelada à vontade popular nas urnas, mais um argumen-

to utilizado para isolar a atividade judicante ao ato de apenas aplicar a lei que fora criada longe da atividade judicial, imposta por legisladores distantes do clamor popular e ligados à construção idealizada de um mandato popular, desenvolvendo conteúdos legais que fogem aos anseios sociais.

Assim, ao aplicar a lei, o juiz não está liberado de fazer considerações políticas sobre o tema, pois aquela já foi aperfeiçoada pelos outros dois poderes (Legislativo e/ou Executivo) em seu conteúdo, cabendo ao juiz apenas ser o porta-voz daqueles interesses legalmente cristalizados.

A ciência da interpretação teve origem na teologia pagã da idade antiga quando os adivinhos abriam o ventre de animais para fazer previsões a respeito do destino inevitável das pessoas. Mas foi com o cristianismo que a interpretação (mais tarde Hermenêutica) se instrumentalizou como ciência da interpretação de documentos, pelas mãos de São Tomaz e Santo Agostinho.

A palavra Hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, remontando ao deus grego Hermes, mensageiro de Zeus e responsável pela interpretação das palavras dos deuses do Olimpo junto aos humanos, um sentido vocabular que instiga certa natureza mitológica do instrumento, metáfora esta muitas vezes adotada pelos positivistas para denotar que a própria lei tem conteúdo próprio e isolado dos fatos sociais e que seu aplicado não passa de um simples mensageiro do conteúdo nela predeterminado.

Podemos observar que há um processo de distanciamento entre a construção das leis (deuses), o processo de interpretação (Hermes, a mando dos olímpianos) e o povo (que por não entender o conteúdo da norma precisa de um intérprete, mesmo que este venha apenas a ler o conteúdo escrito, ou seja, os aplicadores do direito apenas o reconhecem, jamais criam direitos novos).

Com o fortalecimento do Juspositivismo baseado nas ideias iluministas e na codificação do direito, foram introduzidos os Princípios da Certeza do Direito, da Autoridade e da Separação dos Poderes o que transformou a Hermenêutica em um processo metódico e sem espaço para a interpretação da lei a partir do fato. A lei passou a ter um conteúdo autônomo, sem espaço para a criação do direito.

Na pós-modernidade, com o advento do Neoconstitucionalismo, o elemento justiça social trouxe para o intérprete a obrigatoriedade de analisar os comandos jurídicos à luz dos fatos e efeitos sociais, tendo em vista a necessidade de aplicação de uma interpretação ética e moral, o que fez com que o Juspositivismo caísse em desvalorização.

Por conta dessa centralidade dos Princípios como meio de interpretação e com valor normativo, surge o protagonismo do Judiciário como instrumento de concretização normativa dos preceitos fundamentais, e da Constituição como instrumento com valor jurídico e não unicamente como uma carta de formação política do Estado.

Resguardas as variadas posições doutrinárias e de forma sintética, durante muito tempo a interpretação e aplicação da lei ficaram a cargo do próprio sentido que a norma comportava originariamente, quer seja do próprio legislador quer seja do próprio sentido que as palavras da lei comportavam, ou seja, a lei em si seria portadora de sentidos pré-determinados. A consequência seria a imposição ao aplicador, diante de um caso concreto, do sentido pré-existente; assim o Judiciário se transformava em um instrumento técnico de legitimação das ideologias contidas na norma. Observa-se, nesse momento, que não existe independência entre tais funções dos poderes, pois ao juiz não é dada a competência de se proferir de acordo com o fato, mas limita-se ao que é imposto pelos outros Poderes. Ou seja, não havia a preocupação com o conteúdo ético e moral no direito, mas apenas com o sentido normativo puro.

Importante destacar que neste período a Constituição não apresentava caráter normativo principiológico, ou seja, ela se constituía simplesmente como uma carta de princípios institucionadora da estrutura do Estado; a força jurídica estava presente nas normas infraconstitucionais cujo poder normativo regulamentava os comandos da constituição, apresentando um caráter de supremacia das normas privadas em relação às normas de natureza pública.

Dessa forma, como as leis estavam eivadas de um normativismo puro, não havia a possibilidade de avaliação dos fatos a partir de uma aplicação apenas dos princípios, que foram relegados a terceira categoria de instrumentos integradores da lei, isso ocorria no momento em que o julgador se deparasse com casos em que o legislador não previa lei para solucioná-los, a chamada vacância da lei. Nesse caso era dada a possibilidade de analisar os fatos diante da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, nessa ordem hierárquica.

O PROTAGONISMO JURÍDICO COMO NOVA FORMA DE MODIFICAÇÃO DA IDEIA CONSERVADORA DE TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A colocação da lei no centro do universo jurídico e de sua interpretação normativa pura levou à utilização o seu conteúdo jurídico como escudo para a prática de injustiças e de atos arbitrários, como os perpetrados pelos nazistas e fascistas na Segunda Guerra Mundial e que, durante o julgamento nos tribunais pós II Guerra Mundial, argumentaram que não cometeram crimes, pois apenas estavam cumprindo as leis.

Isso só foi possível porque os elementos da ética e da moral não compunham a lei, devido a sua aplicação normativa, ou seja, os prin-

cípios não tinham poder normativo e apenas serviam como padrão secundário de composição dos espaços vazios deixados pelo legislador ao não regulamentar certa situação e, mesmo assim, de forma limitada.

Assim, dos escombros da II Guerra Mundial surge o Estado Social e com ele o Neoconstitucionalismo para dar normatividade e efetividade às constituições, colocando-as no centro do universo jurídico ao afastar as leis para sua periferia. Dessa forma, os princípios canalizam para dentro do direito os preceitos morais e éticos ao se aplicar a lei ao caso concreto; o direito deixa de se fundamentar exclusivamente no conteúdo positivado da lei e passar a construir decisões pautadas no consenso social como valor de segurança jurídica. É o que nos informa Soares (2019), quando em defesa do Ativismo Judicial aduz que o ser este um instrumento hermenêutico de exteriorização da vontade popular por meio dos aplicadores do direito, e que a segurança jurídica não é um dogma absoluto diante da possibilidade de se estender direitos a quem deles precisa.

Dessa forma, o Princípio da Segurança Jurídica não mais se apoia unicamente na construção do direito e das leis a partir de uma única fonte, o Estado instrumentalizado pelo Legislativo, mas pôde propiciar mais espaços para as fontes alternativas sem, no entanto, desconfigurar o sistema jurídico. Esse novo paradigma interpretativo deslocou o sentido da lei de sua própria estrutura interna para o seu exterior, ou seja, o protagonismo de dizer o direito já não cabe unicamente ao legislador, mas também ao intérprete no caso concreto, o que minimiza a distância entre aqueles que criaram a lei e o fato em si sobre o qual a lei deve regular. Assim, conforme Barroso (2009, p. 09):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contem-

pladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os da patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Quando defendemos que a criação do direito deve recorrer a variadas fontes, não se defende aqui que o Legislativo deixe de ser o produtor de normas conforme se preconiza na constituição, o que se analisa é a possibilidade de um diálogo mais próximo entre o conteúdo normativo, os princípios e a possibilidade de mediação do aplicador com o caso concreto, ou seja, a avaliação da melhor medida na aplicação ao caso diante do próprio texto normativo.

É nesse ponto onde começamos a tecer uma ruptura com o modelo arbitrário de tripartição das funções dos poderes adotado, ruptura no sentido do conservadorismo que o modelo original se apresenta num sociedade pós-moderna e de caráter global, onde as transformações sociopolíticas se sucedem de forma rápida, precisa e profunda desafiando os paradigmas do direito positivista tradicional e de sua conformação como modelo de ordenamento das relações sociais.

Numa sociedade mais pluralizada do que nunca, em que os estereótipos sociais são constantemente combatidos e os movimentos sociais visam a cada vez mais exigir que o Estado aprofunde a concretização do Princípio da Isonomia como instrumento de inclusão e não como um simples postulado jurídico, o Judiciário é chamado não só a dizer o direito, mas também a proclamar decisões justas e que, em muitos casos, necessita reconhecer sua capacidade institucional de *fazer* o direito a partir de uma interpretação fundada na Dignidade da Pessoa Humana, na Isonomia, na Cidadania e nos postulados dos Princípios Superiores do Direito.

(...) a separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou

exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes. O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes (DALLARI, 1995, p. 186).

O modelo tradicional de tripartição dos poderes manifesta-se pelo isolamento das funções do Estado, estancando a possibilidade de criação do direito pela via democrática no sentido de se ampliar as possibilidades de aplicação material das leis, ou seja, a posição assumida pelo legislador acaba condicionando as ações dos demais poderes, fazendo dele um instrumento norteador das funções dos membros do Executivo e do Judiciário, e mais, com relação a esse último, de forma tácita, inviabilização o exercício completo da jurisdição no sentido de proclamar as bases morais do direito, ou seja, o Judiciário é um poder secundário, cujas funções são auxiliares dos outros poderes.

Por conta desse processo histórico de tentativa de inviabilizar a função política do Poder Judiciário, os articuladores do Estado constroem um sistema de direitos que não busca privilegiar a acepção moral do sistema jurídico, ou seja, a concepção positivista pura entronizou a noção de que o direito formal, normativo e legiferado seria a acepção de justiça, que somente a partir da aplicação pura do direito estaria concretizando o princípio da igualdade.

Nesse contexto, a interpretação do direito também ficou condicionada à legislação posta, ou seja, a possibilidade de construir formas jurídicas atreladas a uma aplicação e análise político-jurídica do

fato, que até mesmo nas academias encontram-se resistências tanto em professores e estudantes a modelos alternativos – ou divergentes – de se analisar os fatos jurídicos.

Em todas as instâncias do universo jurídico há uma naturalização da invisibilização do poder criativo dos aplicadores do direito por meio do papel hermenêutico que podem exercer. Observamos que a primeira resistência ao processo de criação do direito fixa-se a partir da própria formação dos acadêmicos, que são submetidos a um processo de memorização de códigos e que, nessa mesma esteira, secundarizam o estudo das matrizes sociais da legislação (Ciência Políticas, Sociologia Geral e do Direito, Antropologia, entre outros).

Dessa forma, no âmbito da educação jurídica, os alunos não conseguem perceber que, ao memorizar leis de forma acrítica, há uma instrumentalização dos profissionais de direitos a um nível técnico-operacional, ou seja, são impedidos de pensar o direito e condicionados a simples operacionalização processual das demandas e, quando assim *adestrados* vem na atuação criativa do aplicador do direito uma invasão das esferas institucionais dos poderes.

Quando demonstramos a questão do ensino do direito, a nossa intenção foi desenvolver uma crítica a essa primeira via de *castração* do poder criativo dos aplicadores do direito, que se inicia nos bancos das universidades e se estende às suas atividades profissionais após o bacharelado.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um novo paradigma de direito para o nosso sistema jurídico: um Estado de Direito fundamentado no Princípio da Dignidade Humana, ou seja, as relações entre as funções do poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) deveriam ser pautada na busca do interesse social e coletivo e não fundamentado na literalidade da lei, no puro normativismo.

Essa mudança de paradigma foi responsável pela constitucionalização dos princípios e da construção de uma nova via de acesso à justiça por meio de instrumentos que até então o cidadão não tinha acesso: a possibilidade da efetivação de direitos independentemente de previsão legal, pois bastou o reconhecimento dos princípios na Constituição para que adquirissem normatividade, ou seja, passaram a ter o mesmo poder jurídico, a mesma efetividade e a mesma vigência que as leis.

O poder normativo constitucionalmente estendido aos princípios causou reflexos diretamente no Judiciário, retirando as amarras que o atavam aos outros poderes e propiciou aos seus membros a possibilidade de construir uma hermenêutica própria, autêntica, não necessariamente atrelada às prescrições legais ou legislativas, fundada na capacidade discursiva do aplicador do direito ante o caso concreto, mas com a devida proporcionalidade.

Essa nova hermenêutica funda-se, antes de tudo, na busca pela efetiva aplicação da lei com justiça, relativizando seu necessário processo legislativo, ou seja, o que se leva em conta é sua capacidade de valer os preceitos constitucionais de proteção ao cidadão, ao ser humano e aos direitos individuais e coletivos, como afirmam Vasconcelos e Chaves (2016, p. 01)

A hermenêutica constitucional e a renovação do Poder Judiciário que dela resulta não ameaçam o princípio tradicional da separação e equilíbrio entre os Poderes, mas antes o observa e realiza, ao contribuir para a efetivação da finalidade para qual este princípio foi criado, qual a seja a de permitir que o Estado satisfaça, com maior efetividade, a sua função social e humana.

Isso não implica, necessariamente, em invasão de prerrogativas e competências dos outros poderes, o contrário, configura-se com execução das premissas legais a eles obrigatórias. A Constituição disciplina a produção das leis ao Legislativo de forma precípua, mas não

exclusivamente, pois aquela atividade legiferante deve estar submetida a um conjunto ético e moral para que possa ser considerada aceita. Inferimos, portanto, que a competência de produzir leis vem acompanhada da necessidade de sua efetividade no sentido de construir uma sociedade justa, sem preconceitos e inclusiva a partir da efetivação da soberania popular por meio do equilíbrio dos poderes por meio da implementação da isonomia: o Legislativo não é um poder técnico, mas um instrumento de promoção social.

Nessa ótica, quando os legisladores produzem normas com conteúdo legal, mas imoral, ou com um duvidoso caráter legal; ou quando esses legisladores se esquivam de elaborar legislações que visem a proteger os direitos fundamentais, o Judiciário é chamado a atuar para conter esses abusos e omissões, baseados nos princípios fundamentais proclamados no art. 1º da CF (BRASIL, 1998), sob pena dessa omissão ser considerada improbidade administrativa. Ou seja, o Judiciário tem a obrigação de agir para que não incorra nos mesmos atos omissivos ou imorais provenientes dos outros poderes.

Assim, a hermenêutica do chamado Protagonismo Judicial decorre da própria constitucionalização principiológica e desenvolve padrões e requisitos de acordo com a necessidade de cada caso. Desta forma não deve apresentar modelo que induzam a cristalização das decisões conforme a predeterminação do legislativo, pois isso implicaria na destituição da liberdade de julgar do Judiciário e a invasão, por parte dos outros poderes, da liberdade de ação dos aplicadores do direito.

O que pode existir é a conformação hermenêutica do judiciário à legalidade material, ou seja, o aplicador do direito analisaria a construção legislativa a partir de um caso concreto e avaliaria a possibilidade da aplicação do seu conteúdo tendo como parâmetro a possibilidade de efetivação prática do direito e, caso se apresentasse uma incompatibilidade entre a lei e sua efetiva aplicação justa poderia ser concebida

uma adaptação desta ao caso. Esse exercício hermenêutico teria como padrão a razoabilidade e a proporcionalidade da ação, ou seja, não se consubstancia como uma alteração da lei, mas como uma complementação do seu sentido formal em favor do valor material da lei.

Esse modelo traz como consequência a utilidade da lei, ou seja, a lei deixa de ser uma construção teórica do legislador para se configurar como um produto concreto de aplicação prática e utilitária, o que daria ao aplicador uma competência legislativa indireta, que abriria a possibilidade de complementação dos preceitos legislativos por parte do aplicador do direito no caso legal o que, não necessariamente, comportaria alteração ou revogação da lei, e menos ainda invasão das esferas de competência.

As formas pós-modernas de relações humanas não mais comportam regulações construídas nos séculos passados e cristalizadas como verdades imutáveis. A hermenêutica do Protagonismo Judicial se apresenta como consentânea ao processo de globalização, pois tem a capacidade de fazer interagir os preceitos normativos e os casos apresentados a tutela do Estado. Essa forma de avaliar os casos está em conformidade com o Princípio da Eficiência (caput do art. 37, CF/88) (BRASIL, 1998) que condiciona a prestação estatal ao interesse público, mas que seja feita com celeridade, economicidade e com respeito à função social do direito e não a sua garantia técnica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que podemos observar após a discussão acima sobre o Protagonismo Judicial é que os aplicadores do direito, quando do plano da aplicação material das leis e dos princípios ao caso concreto não há sobreposição às disposições constitucionais de exclusividade das atribui-

ções dos Poderes Tripartitos, ou seja, não se consubstancia em invasão das prerrogativas estatuídas na Constituição, o contrário, executam as prerrogativas constitucionais de proteção aos direitos humanos. Assim como se estabelece como uma forma de concretizar os preceitos da segurança jurídica, não se consubstanciando esta como um modelo normativo puro, mas como um modelo ético-jurídico e social.

Por fim, constata-se que o modelo tradicional de Tripartição das Funções dos Poderes não mais tem efetividade na pós-modernidade, o que nos leva a entender que deve ser reformulado diante da necessidade de se construir instrumentos que realmente interliguem as suas competências no sentido de concretizar os preceitos fundamentais e a lei como supedâneo do bem-estar social. O Direito não pode ser um instrumento de concessão de esmolas jurídicas, mas deve ser um instrumento de solução dos problemas inerentes às sociedades como instrumento de desenvolvimento social e de inserção dos indivíduos socialmente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial**: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. SlidesShare, Online, 2009. Disponível em: <http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DALLARI, D. de A. **Elementos de Teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MONTESQUIEU, Barão de. **O Espírito das Leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VASCONSELOS, Fernanda Sousa; CHAVES, Raphael Ayres de Moura. A hermenêutica constitucional e o equilíbrio entre os poderes. JUS.com.br, Online, mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46468/a-hermeneutica-constitucional-e-o-equilibrio-entre-os-poderes>. Acesso 10 ago. 2021.

SOBRE OS ORGANIZADORES E AS ORGANIZADORAS

Francilda Alcantara Mendes

Doutora em Educação Brasileira pela Universidade Federal do Ceará - UFC (2019). Mestra em Desenvolvimento Regional Sustentável pela Universidade Federal do Ceará - UFC (2014). Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri (2010). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Regional do Cariri (2011). Servidora Pública na Universidade Federal do Cariri (UFCA). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - CE e Professora do curso de Direito do Centro Universitário Leão Sampaio (UNILEÃO). Desenvolve pesquisas com foco em História do Direito, Educação Jurídica e Sustentabilidade.

Francisca Vilandia de Alencar

Advogada; Mestranda em História pela Universidade Estadual do Goiás - UEG; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Doutor Leão Sampaio - UNILEAO (2018); pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Regional do Cariri URCA (2020); pós-graduada em Docência do Ensino Superior pela FAVENI (2020). Pesquisadora junto ao Laboratório de Estudos Urbanos, Sustentabilidade e Políticas Públicas (LAURBS/UFCA) e junto ao grupo de pesquisa Capitalismo e História - Instituições, Cultura e Classes Sociais, da Universidade Federal de Goiás. Dedicar-se a pesquisas com viés interdisciplinar no âmbito do Direito, História e Sustentabilidade.

Polliana de Luna Nunes Barreto

Doutora em Educação pela Universidade Federal do Ceará (2018). Mestre em Políticas Públicas e Gestão da Educação Superior pela Universidade Federal do Ceará (2012). Licenciada em História pela Universidade Regional do Cariri (2004). Docente do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Cariri (UFCA) onde atua desde 2014.

Jardel Pereira da Silva

Doutorando em Educação na linha de pesquisa Estudos Comparados em Educação - ECOE, vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Educação da Universidade de Brasília - PPGE/FE/UnB, campus universitário Darcy Ribeiro. Integra o grupo de pesquisa GERAJU - Gerações e Juventude (www.geraju.net.br), coordenado pelas professoras Wivian Jany Weller e Sinara Pollom Zardo. Mestre em DRS pela Universidade Federal do Cariri-UFCA. É professor efetivo na Secretaria da Educação do Ceará - SEDUC. Atualmente trabalha academicamente

nas seguintes temáticas: Estudos comparados sobre juventude e educação, currículo e direito a educação. Áreas de atuação: Educação, Políticas Públicas e Direito.

SOBRE OS AUTORES E AUTORAS

Agnes Morgana Silva

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Paraíso de Juazeiro do Norte- CE (UNIFAP). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri- URCA. Aprovada no XXXII exame da Ordem dos Advogados do Brasil- OAB. Tem experiência em Direito, com ênfase em pesquisas em Direitos Humanos, Sociologia, Feminismo, Direito Internacional, Direito Constitucional e Gênero. Voluntária na ONG Keralty Promovendo o bem aos que estão passando por cuidados paliativos.

E-mail: agnes_morgana@hotmail.com

Ana Carolina Felix Monteiro

Graduada em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri (URCA).

E-mail: carolfelix@hotmail.com.br

Aryetha Turbano Ribeiro

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Doutor Leão Sampaio (UNI-LEÃO). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - Ceará. Pesquisas desenvolvidas com foco em Direitos Humanos, Direito Fundamentais e Movimentos Sociais.

E-mail: aryethaturb@gmail.com

Cristóvão Maia Filho

Professor universitário nas áreas de humanas, além de atuar na administração pública nas áreas de ouvidoria e em comissões de processo administrativo disciplinar. Especialista em Direitos Humanos, Direito Penal e Criminologia, em Docência no Ensino Superior e em Ensino da Língua Inglesa

Grasielle Fernanda Freire Cabral

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri (URCA), Crato, Ceará, Brasil.

E-mail: grasielle01@hotmail.com

Heloísa Fernandes Caracas

Heloísa Fernandes Caracas. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Pós-graduada em Direito Internacional Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI); Pós-graduada em Docência Jurídica pela Unileya; Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri (URCA).

Email: helocfernandes@hotmail.com

Ihasmin Severo Delmondes

Bel. em Direito. Universidade Regional do Cariri - URCA . Crato, Ceará, Brasil.

E-mail: ihasmin21@gmail.com

José Leite Cabral Neto

Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA), Crato, Ceará, BR.

E-mail: joseleite.trab@gmail.com

José Sarto Fulgêncio de Lima Filho

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri (URCA), Crato, Ceará, Brasil.

E-mail: sarto_filho@outlook.com.

Luana Kely Rodrigues de Carvalho

Pós-Graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri (URCA), Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Doutor Leão Sampaio (UNILEÃO); Advogada.

E-mail: luanakelly2009@hotmail.com

Mariana Moreira Batista Sátiro

Bel. em Direito pela Universidade Regional do Cariri (URCA), Pós-Graduanda em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri (URCA).

E-mail: mmbsatiro@gmail.com.

Talyson Gonçalves Callou

Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri (URCA); Pós-Graduado em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Kurios (FAK); Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Doutor Leão Sampaio (UNILEÃO); Advogado.

E-mail: talysoncallou@gmail.com

ÍNDICE REMISSIVO

A

ACNUR 99, 100, 101, 102, 104, 110,
112, 113

ADI 75

antinomia 31, 32, 37, 38, 41

Assembleia Constituinte 18, 19, 20

ativismo judicial 11, 124

autonomia 61, 64, 66, 67, 69, 70, 71, 72,
73, 74, 75, 76, 77, 78

autoritário 15, 19, 20

avanços sociais 14, 20

B

Big Data 47, 48

Brasil 11, 14, 15, 25, 26, 29, 46, 48, 59,
61, 66, 68, 77, 80, 92, 95, 100, 102, 113,
118, 131, 133, 134, 135

C

Carta Cidadã 16

cidadania 67, 73, 119

commodities 23

COMPAS 45, 47, 50, 51, 55, 57, 58

constitucional 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23,
24, 26, 28, 32, 33, 38, 40, 42, 43, 53, 58,
61, 62, 74, 75, 78, 128, 132

Constituição 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21,
22, 23, 24, 25, 26, 27, 32, 34, 38, 52, 53,
57, 58, 59, 65, 66, 67, 77, 109, 110, 113,
114, 122, 123, 124, 125, 127, 128, 131

cotidiano 11, 81, 91, 98

cultura 63, 83, 84

D

desigualdade 15, 62, 63, 65, 70, 94

Direito 11, 17, 31, 35, 39, 42, 43, 52, 59,
66, 77, 78, 97, 98, 104, 105, 109, 111, 112,

113, 114, 115, 122, 125, 127, 131, 133,
134, 135

Direito Constitucional 31, 43, 59, 134, 135

direitos humanos 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69,
77, 99, 101, 104, 107, 108, 110, 114, 131

direitos sociais 14, 15, 16, 19, 25, 118

E

empoderamento feminino 61, 62, 90

ensino 11, 127

ensino jurídico 11

Estado 14, 15, 16, 19, 21, 22, 23, 24, 25,
26, 31, 34, 50, 63, 64, 67, 69, 70, 72, 74,
75, 76, 77, 78, 100, 101, 111, 112, 119,
120, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128,
130, 131

esterilização 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 77

I

identidade 74, 84, 94

imaginário social 80, 82, 86, 87, 91, 94

infraconstitucionais 16, 32, 33, 34, 123

Inteligência Artificial 45, 46, 47, 48, 49, 50,
51, 52, 56, 57, 58, 59

isonomia 70, 73, 74, 111, 129

J

Justiça 45, 46, 48, 57, 58, 117

L

lei 28, 39, 43, 49, 65, 67, 68, 69, 70, 71,
72, 75, 76, 77, 78, 110, 117, 118, 119, 120,
121, 122, 123, 124, 127, 128, 129, 130,
131

M

machine learning 48

machista 73, 82, 87, 91, 94

marginalização 21
memória 85
mulher 61, 63, 66, 68, 70, 72, 73, 74, 75,
76, 77, 78, 80, 82, 87, 89, 90, 91, 92, 94

N

narrativa 17, 19
Neoconstitucionalismo 32

O

ordem econômica 14, 16, 17, 22, 24

P

Partido dos Trabalhadores 20, 23
pesquisa 11, 12, 14, 17, 23, 31, 33, 46, 61,
80, 99, 133, 134
planejamento familiar 67, 68, 69, 75, 77
pobreza 15, 21, 88

poder 18, 28, 34, 55, 62, 74, 86, 87, 100,
107, 117, 118, 119, 123, 124, 125, 126,
127, 128, 129

política financeira 23
político-econômico 14, 15
preconceito 21, 50, 59

R

redemocratização 14, 15, 19, 25, 118

S

seguridade social 15, 24
sociedade 11, 15, 19, 20, 21, 32, 42, 59,
61, 65, 66, 71, 73, 74, 75, 76, 80, 81, 82,
87, 90, 91, 93, 117, 118, 125, 129
sociedade pós-moderna 11, 117, 118, 125
SUS 72

www.pimentacultural.com

A hermenêutica jurídica brasileira na contemporaneidade: temas clássicos e emergentes